مصادر الإلتزام المدنى

تأليف دكتور
سعيد سعد عبد السلام
وكيل كلية الحقوق
رئيس محكمة سابقا

الطبعة الأولى
٢٠٠٢ / ٢٠٠٣

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة عامة

مبادئ الإلتزام في القانون المدني الحديث:

يحوي التقنين المدني الجديد من ١١٤٩ مادة منقسمة الي باب تمهيدي وقسمان ويتناول الباب التمهيدي في المواد من ١ حتي ٨٨ فصول هي : الفصل الأول : القانون وتطبيقه . الثاني : الأشخاص . الثالث: تقسيم الأشياء والأموال . ومحل دراسة هذه الأحكام في هذه السنة الأولي . أما القسم الأول ويبدآ من المادة ٨٩ حتي ٨٠١ ويتناول الالتزامات أي الحقوق الشخصية بينما يتناول القسم الثاني الذي يبدأ من المادة ٨٠٢ حتي ١١٤٩ . الحقوق العينيه وسوف تقتصر دراستنا علي القسم الأول الذي يتناول الالتزامات آما القسم الثاني فمحل دراسته هو السنه الرابعة ولنا فيه مولف لابأس منه في حق الملكيه فقها وقضاء[1] ولما كانت محل دراستنا تنحصر في القسم الأول الذي يحوي بين دفتيه :- الالتزامات بوجه عاما في المواد من ٨٩- ٤١٧ والعقود المسماه في المواد ٤١٨ -٧٠١ مدني وهذا الأخير محل دراسته السنة الثالثة . فان الأمر مستقر لا محال علي الاعتكاف علي دراسة الالتزامات بوجه عام . نخصص الكتاب الأول لمصادر الالتزام وهي : العقد والارادة المنفردة-الاثراء بلا سبب - نص القانون . والكتاب

---

(١) راجع حق الملكية فقها وقضاء عام ١٩٩٤ د/ سعيد سعد عبدالسلام .

الثاني: وهو أحكام الالتزام ويحتوي علي : التنفيذ العيني - التنفيذ بطريق التعويض - وسائل حماية حقوق الدائنين - أوصاف الالتزام - انتقال الالتزام - انقضاء والالتزام . ويتناول الكتاب الثالث : اثبات الالتزام الذي نظمه القانون ٢٥لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ [١]، وبذلك يكون هذا المؤلف محل الدراسة مشتملا علي ثلاثة أجزاء الجزء الأول : مصادر الالتزام - الجزء الثاني : أحكام الالتزام الجزء الثالث اثبات الالتزام . وقد خصصنا هذه المقدمة التي لاغني عنها للوقوف علي الأحكام العامه لمصادر الالتزام في التشريع الوضعي المصري . من حيث ماهية الالتزام وخائصه وعناصره مصادر ه -وأنواعه . وتطور نظرية الالتزام . ثم أهمية نظرية الالتزام من حيث الواقع التطبيقي وكذلك أهميتها من الناحيه النظرية.

تعريف الالتزام:

لقد تعددت آراء الفقهاء [٢] في تحديد ماهية الالتزام ولكنه باجماع فقهي مستقر يعرف الالتزام [٣] بأنه الحق الشخصي منظور اليه من جانب المدين .أي آنه " واجب قانوني يقع علي عاتق شخص معين يلزمه أن يقوم بأداء مالي لصالح شخص آخر معين أو قابل

---

(١) راجع الموجز فى أصول الاثبات عام ١٩٩٩ د/ سعيد سعد عبدالسلام .وسبقه التعديل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

(٢) راجع د/ أحمد سلامة مذكرات فى نظرية الالتزام ١٩٩١.

(٣) راجع د/ عبدالودود يحيى الموجز فى النظرية العامة للالتزام ١٩٩٤.

للتعيين . يسمي الدائن وعلي حد تعيين استاذنا الدكتور حمدي عبد الرحمن أحمد [١] "أنه رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر احدهما المدين والأخر الدائن ومن مقتضاه يقع علي عاتق المدين واجب قانوني بأداء ايجابي أو بامتناع عن أداء والمدين مسئول عن تنفيذ هذا الالتزام في ذمته المالية قبل دائنه . وبذلك يخلق الالتزام مركزا قانونيا محددا بين شخصين احدهما الدائن يصبح صاحب حق شخصي الثاني المدين يصبح محملا بالالتزام القانوني . ومن هذا التحديد سالف الذكر نستطيع أن نستخلص عناصر الالتزام وخصائصه علي النحو التالي :

عناصر الالتزام :

يتكون الالتزام في صورته العادية من عنصرين : الأولي عنصر المديونية. والثاني عنصر المسئولية ويقصد بالمديونية : الواجب الملقي علي عاتق المدين بالقيام بأداء معين لمصلحة الدائن [٢] . بحيث اذا قام به المدين . فأنه يكون قد وفي بما يجب عليه . وبالتالي لن يكون متطوعا أو متبرعا بذلك الوفاء . ومن ثم تنقضي المديونية بالتبعية علي هذا التنفيذ . أما اذا ماطل المدين في التنفيذ أو لم يقم بالوفاء بما هو واجب عليه . فان عنصر

---

(١) راجع د/ حمدى عبدالرحمن أحمد نظرية العقد عام ١٩٩٤ .

(٢) راجع المادة ٢٠١ مدنى " لا يسترد المدين ما أداه اختياريا قاصدا أن يفى التزاما طبيعيا " .

المسئولية يأخذ دوره . فيقوم الدائن باجبار المدين علي هذا التنفيذ . وعلي حد تعبير البعض أن المسئولية هي انذار بالاجبار علي التنفيذ الجبري لكي يستأدي الدائن حقه قهرا عن المدين . وهذا الاجبار لايترك الا عند وجود المقتضي أي الوفاء الاختياري . هذان هما عنصري المسئولية .. ومن هنا يغدو القول منطقيا . بأنه لاوجود للالتزام عند تخلف أحد هذين العنصرين ولكن الفقه يناقش في بعض الأحوال أن الالتزام يوجد رغم تخلف أحد العنصرين السابقين فيذهبون ان هناك مديونيه بغير مسئولية ومثال ذلك الالتزام الطبيعي أي أنه خال من عنصر المسئولية ولايستطيع الدائن اجباره علي الوفاء . ولكن المدين اذا وفي بالدين يكون وفائه صحيحا وليس متبرعا [١] . كما يذهبون أن هناك مسئولية بغير مديونية ومثال ذلك : الرهن المقرر ضمانا لدين مستقل وكذلك في حالة الكفيل العيني . أي الشخص الذي يرهن عقاره ضمانا لدين شخص آخر .

خصائص الالتزام:

من التعريف السابق للالتزام بأنه رابطة [٢] وعلاقة قانونية بين طرفيها محلها اعطاء شيء أو عمل أو امتناع عن عمل له قيمة

---

(١) راجع المادة ٢٠١ مدني " لا يسترد المدين ما أداه اختياريا قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا " .

(٢) د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٣٢.

مالية يقضيه احدهما ويسعي الدائن من الآخر ويسمي المدين فالالتزام طبقا لهذا التحديد سالف الذكر يتضح خصائصه كما يلي:-

١- رابطة قانونية :

من المعلوم ان لكل التزام طرفين احدهما يسمي الدائن الذي وجد الالتزام لصالحه . والاخر يسمي المدين وهو الشخص الذي يقوم بالعمل أو الامتناع عنه لصالح الدائن . وهذه الخاصية هي التي تعطي للالتزام معني خاص في مجال دراسات القانون فاذا قلنا أن شخص ما ملتزم . فهذا يعني أنه مرتبط ارتباطا يكفل القانون الوفاء به . وقد يدق الأمر في بعض الأحوال ويصعب الوقوف آن الشخص أراد أن يلتزم أم لا . والامر في مرجعه الي السلطه التقديرية لمحكمة الموضوع حسب ملابسات وظروف الدعوي [١] . وتعكس هذه الخاصيه ايضا فكرة الالتزام علي مر العصور [٢] ففي القانون الروماني كان للدائن أن يقتل المدين أو بحسبه .وأن يستخدمه نظير دينه . وان يسترقه .وقد ساعد علي ذلك انتشار الرق في هذا العصر .ثم تطور بعد ذلك الي ان اصبح انه رابطه قانونية لا تتعلق الا بالذمة المالية للمدين . وبمقتضي ذلك

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ٣٢.

(٢) راجع د. اسماعيل عبدالغنى سمهان دروس فى نظرية الالتزام ١٩٨٨ - ١٩٨٩ على طلبة كلية الشريعة والقانون بطنطا .

يقهر المدين بواسطة السلطة العامة عند الضرورة علي تنفيذ الالتزام.

٢- رابطة شخصية :

لا يقصد بالرابطة الشخصية ان تكون بين شخصين بحيث اذا تغير احدهما انقضت هذه العلاقه . وانما يقصد بالرابطة الشخصية . الرابطة بين ذمتين اكثر من قيامها بين شخصين . فلا يكتمل الالتزام الا اذا كان هناك مدين ولايكتمل الا اذا كان هنا: دائن . وانه ليس من المحتوم ان يظل المدين هو المدين وان يظل الدائن هو الدائن .فقد تتم حوالة الدين او حوالة الحق . كما سوف نري عند دراسة انتقال الالتزام السلبي والإيجابي في احكام الالتزام . ويمكن القول ان الالتزام كما ينتقل في صوريته السابقين بالايجاب او السلب فانه يمكن ان ينتقل الي الورثة. فكلما تنتقل حقوق المورث الي الورثة فانه تنتقل ايضا الالتزامات الي الورثة في حدود قاعدة " ألا تركه إلا بعد سداد الديون . وتكون مسئولية الورثة عندئذ مسئولية عينية أي في حدود ماآل اليهم من اموال للمورث وليست مسئولية شخصية [١].

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٨٠/٥/١٥ ، مجموعة القواعد القانونية مشار اليه فى قضاء المحاكم الابتدائية السيد خلف عام ١٩٨٧ طبعة نادى القضاه المصرى .

٣-رابطة ذات طابع مالي :

يقصد بالطابع المالي الأداء المالي محل الالتزام . الذي لابد أن يكون مقوما بالمال وفى هذا يختلف الالتزام عن غيره من الواجبات القانونية غير المالية . كالواجبات الناشئة عن علاقة الأسرة . ولذلك فواجب الزوجة فى طاعة زوجها . وواجب الابن نحو أبيه وان كانت واجبات قانونية الا أنها لاتخضع لقواعد الالتزامات [١] . ويميز الفقه بين الأداء المالى الذى يكون على عاتق المدين والمصلحة المالية التي تعود على الدائن ويضرب مثال لذلك "لو تعهد صاحب جراج على تنظيف سيارتك يوميا ثم امتنع عن تنفيذ الالتزام. فإنه يمكن الاستعاضة عن ذلك الامتناع عن التنفيذ بمبلغ من المال على سبيل التعويض ولا يعتبر المصلحة المالية التي تعود على الدائن هو الخاصية المميزة للالتزام .

وبعد الحديث عن ماهية الالتزام وعناصره وخصائصه لابد لنا فى مجال البحث عن أنواع الالتزامات .

أنواع الالتزامات

ذهب الفقه فى تقسيم الالتزمات إلى ثلاثة مجموعات هى : الالتزات الإرادية وغير الارادية [٢]والالتزام المدنى والطبيعى . ثم

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ص ٦.

(٢) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ص ١٠ - ١٣.

الالتزام بالعمل أو الامتناع عنه أو الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية [١] . واستند فى النوع الأول الى المصدر الذى ينبع منه هذا الالتزام ، واستند فى النوع الثانى الى الحماية القانونية التي خولها له المشرع واستند فى النوع الثالث الى المحل الذى يرد عليه الالتزام . وسوف نعرض لهذه الأنواع الثلاثة كما يلى :

١ - تقسيم الالتزامات من حيث المصدر

يقوم هذا التقسيم على أساس المصدر الذى ينشئ الالتزام أى الوقائع التي تنشئ الالتزام [٢] . ولم يورد المشرع المصرى نصا يحدد فيه مصادر الالتزام - ولكن يمكن استخلاص هذا التقسيم لمصادر الالتزام من الفصول الخمسة التى وردت فى الباب الخاص بالمصادر . فقد بدأها المشرع بالعقد ثم للارادة المنفردة ثم للعمل غير المشروع . ثم للاثراء بلا سبب ثم نص القانون . ولقد أثرى الفقه المصرى باجتهاده [٣] هذا المجال ورد هذه المصادر الخمسة الى أساس منطقى . فذهب الى القول أن السبب الذى يوجد علاقة قانونية ما أو يؤثر فيها هو أمر يجد هو حدث أو واقعة توصف بأنها قانونية لأنه يترتب عليها أثر قانونى . والواقعة اما أن تكون راجعة

---

(١) راجع د/ عبدالمنعم البدراوى النظرية العامة للالتزام ص ١٣ عام ١٩٩١ .

(٢) راجع د / البدراوى المرجع السابق ص ٢٦.

(٣) راجع د/ السنهورى الوسيط - جـ ١ ص ١٢٩ - ١٣٤.

الى ارادة الانسان . واما أن تكون غير راجعة لارادة الانسان . فالأولى أى التى ترجع الى فعل الانسان اما أن تكون عمل قانونى أو عمل مادى . والعمل القانونى هو عمل الارادة متجهة الى احداث أثر قانونى معين . وهو قد يصدر عن ارادة واحدة أو عن ارادتين . اما العمل المادى . فهو عمل يأتيه الانسان ويريد أو لا يريد به احداث أثرا قانونيا . ومن ثم يدخل فى العمل القانونى أو التصرف القانونى : عقود الارادة المنفردة . اما العمل المادى أو الواقعة المادية فيدخل فيها الفعل غير المشروع والاثراء بلا سبب ونص القانون . ويطلق على الأولى المصادر الارادية والثانية المصادر غير الارادية وعلى هذا التقسيم الأخير سوف تكون دراستنا فى هذا المؤلف .

٢ - تقسيم الالتزامات من حيث الحماية التشريعية

ينقسم الالتزام من حيث مدى تمتعه بالحماية القانونية الى التزام مدنى والتزام طبيعى . والالتزام المدنى هو الالتزام الذى يجمع بين عنصرى المديونية والاجبار . أى هو الذى ينفذ جبرا على المدين . وهذا ما يميزه عن الواجب الأدبى الذى يحميه القانون أيضا فمن يقوم بتنفيذ واجب أدبى لا يؤدى دينا وانما يقوم بعمل من أعمال التبرع ، ويوجد بين الالتزام المدنى والواجب الخلقى الالتزام الطبيعى وهو ذو أثر ناقص ولا يجبر المدين على التنفيذ . ومثاله التزام

المدين بعد مضى مدة التقادم المسقط . ويترك الوفاء بهذا الالتزام لمشيئة المدين ورغم أن هذا الالتزام خاليا من عنصر الاجبار القانونى على الأداء فهو مع ذلك التزام قائم فى ذمة المدين به وقد نص المشرع على أحوال معينة يكون فيها الالتزام طبيعيا . وفيما عدا ذلك . فقد خول المشرع (١) القاضى فى كل حالة على حدة تقرير ما اذا كان هناك التزام طبيعى بشرط ألا يكون مخالف للنظام العام . فالقاضى هو الذى يقدر ماإذا كان واجب أدبى قد ارتفع فى وعى الجماعة الى مرتبة الالتزام الطبيعى . وقضت محكمة النقض فى هذا الشأن (٢) " يظل الالتزام مدينا واجب الوفاء الى أن يدفع بالتقادم . فإذا انقضى الالتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة".

٣ - تقسيم الالتزامات من حيث المحل

يندرج تحت هذا التقسيم طائفتين من أنواع الالتزامات

أ - الطائفة الأولي :

الالتزام باعطاء - الالتزام بعمل - الالتزام بالامتناع عن العمل .

---

(١) انظر المادة ٢٠٠ من القانون المدنى المصرى .
(٢) راجع نقض مدنى ١٩٧٥/٢/١٨ الطعن ٣٤٩ السنة ٣٩ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص ٤٢٩.

الالتزام باعطاء

يقصد به الالتزام بنقل أو بانشاء حق عينى مثل التزام البائع بنقل الملكية . أو التزام مالك بانشاء رهن عقاره لمصلحة الدائن أو انشاء حق ارتفاق على عقاره لصالح عقار آخر [١] ، [٢]. وقد أبرز نص المادة ٢٠٤ مدنى صورة هذا الالتزام فجاء النص على أن " الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ٠ اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم " وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل" والواقع أن الالتزام باعطاء شئ هو فى حقيقته التزام بعمل . فعلى المدين به أن يقوم بكل الأعمال اللازمة لنقل الملكية أو الحق العينى . كأن يساهم مع الدائن فى اجراءات التسجيل فى العقارات . أو يقوم بافراز الشيئ حتى تنتقل الملكية ٠ وهذا الالتزام يمكن تنفيذه جبرا على المدين . فإذا رفض المدين مثلا المساهمة فى اجراء التسجيل استطاع الدائن أن يتحصل على حكم مثبت لانعقاد العقد ونفاذه ويسجل هذا الحكم ٠ فيقوم تسجيله مقام تسجيل العقد واذا رفض المدين اقرار الشئ المعين بنوعه ٠جاز للدائن أن يحصل على الشئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه عند الاستعجال[٣].

---

(١) راجع د/ البدراوى ص ١٥.

(٢) راجع د/ عبدالودود يحيى ص ١١.

(٣) انظر المادة ٢٠٥ مدنى .

الالتزام بعمل

يقصد به القيام بعمل ايجابى لا يكون نقل حق عينى أو إنشاءه مثل التزام البائع بتسليم الشئ المبيع والتزام الطبيب بعلاج المريض والتزام المقاول باقامة مبنى . أى أن محل الالتزام عملا يقوم به المدين . وهذا هو العمل المادى فى التزام ببناء منزل . وقد يكون محله عملا قانونيا كنيابة الوكيل عن الأصيل فى تصرف قانونى يقوم به لحسابه . وقد يكون العمل فعلا مرتبطا بشخص المدين بحيث يستمد منه قيمته المالية ولا يجوز لغيره أن ينوب عنه فى الوفاء به مثل التزام الفنان برسم لوحة فنية . وفى هذه الحالة يجب على المدين أن ينفذ الالتزام بنفسه . ولا يجوز اجباره على التنفيذ للمساس بالحرية الشخصية . وايذاء هذا الامتناع لا سبيل أمام الدائن سوى الاكتفاء بالتعويض المالى .

الالتزام بالامتناع عن عمل

يقصد بالامتناع هنا . أن المدين كان فى مقدوره القيام بالعمل ولكنه يمتنع عليه القيام به لولا وجود هذا الالتزام مثل التزام بائع المحل التجاري بالامتناع عن فتح محل تجارى مماثل لمدة معينة . عدم البناء على مسافة معينة [1] من ملك الجار . واذا أخل المدين

---

(١) راجع د/ سعيد عبدالسلام " حق الملكية فقها وقضاء ١٩٩٤ ص ٢١٨.

بتنفيذ هذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام. وله أن يطلب من القضاء ترخصيا بذلك على نفقة المدين [١].

الطائفةالثانية

الالتزام ببذل عناية - الالتزام بتحقيق نتيجة .

أساس هذا التقسيم يعزى إلى مدى مطابقة محل الالتزام للغاية التي يهدف الى تحقيقها . فاذا كان كل ما يطلب منه هو الوصول الى هدف معين أي ادراك نتيجة معينة كان التزامه ببلوغ غاية [٢] . أما اذا كان ما يطلب من المدين هو بذل جهد معين سواء تحقق الهدف أو لم يتحقق كان التزامه ببذل عناية . ومثال الأول التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع . ومثال الثاني التزام الطبيب بعلاج المريض[٣].

ويذهب البعض الى أنه ينبغى القول لتفصيل ذلك " أن لكل التزام هدفا معينا يريد الدائن ادراكه . وهو فى سبيل ذلك قد يتفق مع المدين على أن يكون الاداء هو ذلك الهدف . وقد يتفق معه على

---

(١) انظر المادة ٢١٢ مدنى .

(٢) راجع د / أحمد سلامة المرجع السابق ص ٣٨.

(٣) راجع د / محمد حسين منصور المسئولية المدنية للطبيب عام ١٩٩٠ ص ٢١٢ " قد يكون فى حالة الطبيب التزام بتحقيق نتيجة عند استعمال الأشياء " نقل الدم - طبيب الأسنان - إستعمال الأدوات الطبية " .

أن يكون الأداء هو السعى لتحقيق هذا الهدف والفرق بين أن يكون الاداء هو الهدف ذاته – وبين أن يكون هو السعى لتحقيق هذا الهدف هو نفس الفرق بين الالتزام ببلوغ غاية (١) .

وللوقوف على ما اذا كان الالتزام المعروض هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية يرجع الى الواقعة التي أنشأت هذا الالتزام أى الى مصدره . فاذا كان الالتزام غير اراديا يتم الرجوع الى الذى ترتب هذا الالتزام بموجبه واذا كان الالتزام اراديا أى راجع الى العقد فانه يتم الرجوع الى نية المتعاقدين وقواعد ومعاملات الأشخاص . ولكن السؤال الذى يثير التساؤل وهو ما مقدار العناية التي يطلب من المدين بذلها حتى تبرأ ذمته ، هناك قاعدة عامة واستثناء يرد عليها. فالقاعدة العامة أن العناية المطلوبة هى عناية الرجل المعتاد أى رجل من أوساط الناس ليس أكثرهم حرصا ولا أشدهم اهمالا . وقياس هذه العناية وتقدير توافرها فى مسلك المدين مرجعه الى قاض الموضوع . أى أن المعيار موضوعى لا ينظر فيه الى شخص المدين. وقد أكد ذلك المادة ٢١١ مدنى " في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ أو أن يقوم بارادته أو بتوخى الحيطة فى تنفيذه للالتزام . فانه يكون قد أوفى بذلك الالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم

(١) راجع د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ٣٩.

يتحقق الغرض المقصود " أما الاستثناء على هذه القاعدة والذى يكون اما تخفيفا أو تشديدا بنص القانون أو بالاتفاق بين طرفى الالتزام . ومثال التخفيف بنص القانون ما ورد بالمادة ٧٢ مدنى والخاصة بالوديعة " اذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذل فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك بأزيد من عناية الرجل المعتاد . اما اذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد . ومثال التشديد بنص القانون المادة ٦٤١ مدنى " على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشئ العناية التي يبذلها في أمواله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد . أما عن اتفاق الطرفين فان المادة ٢/٢١٧ مدنى " أنه يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم " ويبدو أن هذا النص يبطل الاتفاق فى حالتين هما :

الحالة الأولى :

أن يتم الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية حتى ولو تعمد الامتناع عن بذل أى مجهود . اذا الاتفاق فى هذه الحالة لا يعتد به .

الحالة الثانية :

أن يكون هناك اتفاق على اعفاء المدين فى حالة الخطأ

الجسيم أي الخطأ الذى لا يأتيه الشخص المهمل " وهو خطأ يشبه بالخطأ العمد ويسرى عليه حكمه " .

مدى جواز اجتماع الالتزامين : التزام بنتيجة - ببذل عناية

يذهب الفقه[١] الى أنه وان كانت التفرقة بين هذين النوعين تفرقة لازمة وضرورية ويجب الابقاء عليها فليس معنى ذلك أن المدين فى العقد لا يمكن أن يكون فى نفس الوقت ملزما بتحقيق نتيجة وببذل عناية . بل على العكس يجوز جمع الالتزامين فى شخص المدين طالما أن لكل منهما محله الخاص . ومثال ذلك " اذا التزم جراح بالقيام باجراء عملية جراحية فإن كان التزامه بالقيام بتلك العملية التزاما بتحقيق نتيجة . وبالتالى فانه يكون مسئولا اذا لم يقم بها دون حاجة الى أن يثبت المريض تقصيرا معينا فى جانبه بل هو يكفيه أن يثبت أن الجراح لم يقم بالعملية التى التزم باجرائها . وعلى الجراح أن يدفع مسئوليته بأن هناك سبب خارجيا هو الذى حدث منهوأدى إلى النتيجه من ذلك كازويا وخطورة حالة المريض فهنا اذن الإلتزام بنتيجة . والى جانب هذا الالتزام يقوم فى نقص الخبره فى جانب الجراح وهو التزام ببذل عناية . فهو يلتزم بأن يراعي فى اجراء العملية قدرا معينا من الحيطة والعناية لكى يصل بالمريض

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٨.

الى نجاحها . وهذا فى حد ذاته التزام ببذل عناية . فاذا فرض ولم تنجح العملية . فعلى المريض عند مساءلة الجراح اثبات أن هناك تقصيرا أو اهمالا من الجراح ".

اهمية نظرية الالتزامات

يكاد أن ينعقد الاجماع فى أوساط دوائر الفقه عموما على أن نظرية الالتزام أهم موضوعات القانون المدنى وتبدو هذه الأهمية من ثلاث نواحى : الناحية النظرية - الناحية العملية - الصفة الدولية لقواعد الالتزام . وسوف نعرض لهذه النواحى الثلاث على النحو التالى :

١ - الناحية النظرية :

يذهب الفقه [١] الى أن دراسة الالتزام أمر لازم لكل تكوين قانونى · ونظرية الالتزام تقوم على مبادئ ثلاثة هى : مبدأ الوفاء بالعهد - مبدأ تعويض الضرر الناشئ عن الفعل غير المشروع مبدأ رد الاثراء المكتسب بدون وجه حق · ثم يأتى دور علم المنطق واضحا فى هذا الصدد · أى أن الالتزامات قواعد وأحكام عامة يمكن عن طريق الاستنتاج واللزوم العقلى الوصول الى قواعد تفصيلية لحل المشاكل التي تثور فى العمل · على أن هذا الطابع المنطقى لقواعد الالتزام قد تعوقه الحاجات العملية نظرا لأسباب

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٩.

اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية وهما يجب ألا نساير المنطق الى النهاية ويجب التخفيف من غلواء هذه القواعد العامة . وأبلغ مثال علي ذلك أن هناك قاعدة جوهرية فى نظرية الالتزام " يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا طالما كان ذلك ممكنا ".

ولكن هذا المبدأ تخفف من شدته اعتبارات تتعلق بالنواحى الاقتصادية أو ربما يكون المدين فى طاقته . فعندئذ يتدخل المشرع بوضع قواعد آمره لاعفاء المدين من هذا الالتزام اذا كان عدم التنفيذ راجعا الى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو اعطاء المدين مهلة للوفاء بما فى ذمته " نظرة الميسرة".

٢ - الناحية العملية :

لايستطيع الانسان أن يعيش بمفرده داخل المجتمع . اذ أنه فى سبيل الوفاء بحاجاته يلجأ إلى اما اكتساب الحقوق العينية مثل الملكية وغيرها . واما الى الحصول على خدمات الغير . ويكون استعماله لهذه الوسيلة الأخيرة بانشاء الالتزامات . فالالتزامات هى الوسيلة الغالبة لمباشرة الانسان نشاطه الاقتصادى ووسيلته فى انشاء هذه الالتزامات هى العقود . وهذه الأخيرة متعددة ومتنوعه يستطيع الانسان عن طريقها الحصول على خدمات من الغير . اما الحقوق العينية فهى على العكس محدودة ولهذا كان طبيعيا أن

يكون الالتزام هو وسيلة التعامل سواء فى العلاقات المدنية والتجارية . ومن هنا تأتى أهمية نظرية الالتزام . ولا يقتصر دور نظرية الالتزام على دائرة المعاملات الفردية بين الأفراد ولكنها تمتد الى دائرة القانون العام فقد تقوم الحكومة بالارتباط مع الأفراد عن طريق العقود الادارية وقد استعان الفقه والقضاء بكثير من قواعد الالتزام فى القانون المدنى لتحكم تلك العقود .

٣ - الصفة الدولية لقواعد نظرية الالتزام :

لازالت قواعد نظرية الالتزام قائمة على أساس ماقامت عليه دعائم القانونى الرومانى القديم ولذلك تتسم بالثبات فى الزمان والمكان وهذا الثبات زمانا ومكانا يرجع إلي أن حاجات المعاملات بين الأفراد تكاد تكون واحدة [١] وبالتالى فان القواعد التي تحكم هذه المعاملات واحدة . وقد ترتب على هذه الصفة الدولية . أن أصبح هذا القانون ميدانا لحركة توحيد دولى . وقد ساعد على هذه الحركة انتشار التجارة الدولية والرغبة فى تيسيريها . ويذهب أستاذنا الدكتور البدراوى فى مؤلفه حركة التوحيد الدولى للقانون الخاص[٢] الى أن الصفة الدولية التي تتسم بها نظرية الالتزام هى فى الواقع نسبية وهى تبدو اذا ما تم مقارنته مع قانون الأسرة

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٠.

(٢) راجع د/ البدراوى ، أصول القانون المدنى المقارن ، ١٩٧٠ ص ٢٦٨.

والملكية فى بعض الدول . أن فى هذه الدول خلاف كبير حول الملكية والأسرة ولكن فى نطاق قواعد الالتزام لا يوجد خلافا واضحا . وبالتالى فان حركة الوحيد بين البلاد تسودها روح اجتماعية واحدة من بينها قواعد الالتزام أيضا سببه الموحده .

تطور نظرية الالتزام

سبق أن المحنا سلفا أن قواعد نظرية الالتزام تتسم بنوع من الثبات النسبى . أى الثبات الذى لا يقف ضد حد الجمود فى الصياغة والروح . لأن عمل الانسان لا يمكن أن يوصف بالكمال أو القدسية أو كما يعبر عنه البعض [١] أنه لا يمكن لعمل البشر أن يكون له قوة التقديس بالنسبة للأجيال التالية والا كان فيه مصادرة لعقول هذه الأجيال . اذ أن الأجيال اللاحقة تملك القدرة على التفكير والابداع . ويقسم الفقه [٢]. تطور هذه النظرية في اتجاهات ثلاثة هى : من حيث الصياغة - من حيث فكرة الالتزام نفسها - من حيث نشوء النظرية . بينما يذهب البعض الآخر الى وضع تصور لهذا التطور فى نظرية الالتزام من حيث الروح ومن حيث الصياغة فقط [٣]. ونرى أن هذا النهج الأخير هو الأولى بالتأييد وبالتالى سوف نعرض لهاتين الصورتين :

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٣١.
(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٠.
(٣) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٣٢.

أ - الصورة الأولى : تطور الالتزام من حيث الروح

لما كانت حاجات العصر متعددة ومتشابكة . فانه لابد من أن تكون قواعد القانون متلائمة وما يتمشى مع هذه القواعد فقد صاغ الرومان نظرية الالتزام وفق حاجات عصرهم وليس وفقا لحاجات كل عصر . ولما كانت حاجات كل عصر يؤثر فيها العديد من العوامل الاقتصادية والاجتماعية . والاخلاقية من ثم فانه لا يمكن فصل قواعد الالتزام عن هذا الواقع التطبيقى . فالتطور لابد أن يلحق هذه القواعد فى كل هذه المعطيات سالفة الذكر وسوف نعرض لهذه المتغيرات .

١ -من الناحية الاقتصادية: لقد أدى انشار الصناعة واستخدام الآلة الى ظهور أنواع جديدة من المسئولية لا تخضع للقواعد العامة التى توجب اثبات الخطأ فى جانب المسئول . كما أدى تجمع رؤوس الأموال للقيام بمشروعات كبيرة ترتب عليها ظهور نوع جديد من العقود يسمى بالعقود الجماعية والعقود النموذجية . كما ترتب على الأخذ بسياسية الاقتصاد الموجه الحد من مبدأ سلطان الارادة فى نطاق العقود . وهذا أدى الى تدخل المشرع نفسه فى وضع قيود على الأجرة سواء للعامل أو المسكن أو الأرض الزراعية . بما لا يترك مجالا لحرية المتعاقدين فى هذا الصدد .

٢-من الناحية الاجتماعية : عندما ظهرت النظريات الاشتراكية والتى كان نتيجتها تدخل السلطة العامة ممثله فى الدولة لحماية الطبقة الكادحة وخصوصا فى مجال قانون العمل . حيث أفرط المشرع فى وضع نظام حمائى للقوى العاملة التي تمثل القطاع الأكبر من المجتمع الاشتراكى . وأصحبت ظاهرة التضامن الاجتماعى هى القوة الملزمة للعقد بدلا من الحرية التعاقدية [١] . وهذا ما دعي المشرع الى التدخل لحماية عقود الاذعان . وتنظيم النظرية العامة للظروف الطارئة .

٣ - من الناحية الاخلاقية : فقد أبانت حرية الأفراد فى التعاقد عن كشف جديد لنظرية التعسف فى استعمال الحق . والاثراء بلا سبب . وهذا يدل دلالة واضحة على تطور روح نظرية الالتزام .

ب - الصورة الثانية : تطور نظرية الالتزام من حيث الصياغة

باستعراض التطور الفعلى لصياغة الالتزام فى القانون الرومانى نجد أن أول صورة للالتزام كانت هى الفعل غير المشروع أى المسئولية التقصيرية . وكان ينحصر حق المعتدى عليه فى القصاص من المعتدى . ولم يكن لهذه الصورة فى بداية الأمر ضوابط تحدد استعمال هذا الحق . ثم تطور الأمر فى مرحلة تالية الى فكرة الدية

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ١٤.

لحلولها محل القصاص . أى أن صياغة الالتزام تطورت من أن جهة المدين لم يعد يضمن الوفاء بالالتزامات دائما ينتقل الأمر الى الذمة المالية [١]. وكان الالتزام التقصيرى فى حالات محصورة على سبيل الحصر ثم تغيرت هذه النظرة بفضل القانون الكنسى الى وضع قاعدة عامة اعتنقها المشرع المصرى حاليا وهى المادة ١٦٣ مدنى التى تضع القاعدة العامة فى المسئولية المدنية عن الخطأ الشخصى كل من تسبب بخطأه فى الحاق الضرر بالغير وجب عليه تعويض هذا الضرر " . ولم يكن هناك مجالا للالتزام التعاقدى . اذ كانت المعاملات تتسم فى ظل نظام اقتصادى مغلق قائم على أساس فكرة المقايضة الا أنه تخفيفا من غلواء هذا النظام المقلق ثم الاعتراف للارادة بالقدر على انشاء عقود أربعة هى : " الوكالة - الاجارة - الشركة - البيع " ثم أخذ التطور يلاحق الزمن الى أن أستقر الأمر علي الاعتراف للارادة بالقدرة على نقل الحق العينى دون اتباع اجراءات شكلية . ثم تطور المذهب المادى [٢] . ومقتضاه أن المهم هو موضوع الالتزام بصرف النظر عن أشخاصه . فلا يشترط وجود الدائن وقت الالتزام . وبالتالى يمكن انتقال الالتزام انتقالا ايجابيا وهذا ما عبر عنه المشرع المصرى أيضا فى أخذه بحوالة الحق .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٢٩.
(٢) راجع جيبرك الفقيه الألمانى مشار اليه فى أحمد سلامة ص ٣٠.

والانتقال السلبى الذى يعرف حاليا فى أحكام الالتزام بحوالة الدين . أى يمكن أن يتغير شخص الدائن أو المدين دون أدني تأثير على الالتزام فى حد ذاته .

مصادر الالتزام فى الفقه الحديث

لقد كان التقسيم التقليدى لمصادر الالتزام يرد الالتزامات جميعها الى خمسة مصادر هى هى : العقد - شبه العقد - الجريمة - القانون . وهذا الترتيب يرجع الى القانون الرومانى الا أن الفقه الحديث[1] انتقد هذا الترتيب التقليدى . وذهب الى أن التقسيم العلمى لمصادر الالتزام ينحصر فى نوع التصرف القانونى الذى ينصب فى صورة التصرف الارادى والواقعة القانونية وإلى التصرف غير الارادى مثل الفعل غير المشروع والاثراء بلا سبب بينما يذهب البعض الى أن مصادر [2] الالتزام هى : العقد والارادة المنفردة والاثراء بلا سبب . والعمل غير المشروع أما نص القانون فهو مصدر من المصادر الأربعة سالفة الذكر ثم يقرر أنه يمكن رد هذه الالتزامات الأربعة سالفة الذكر الى قسمين : القسم الأول المصادر الارادية وهي العقد والارادة المنفردة . ويطلق عليها التصرف القانونى . وهو اتجاه

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين نظرية الالتزام ١٩٧٦ ص ٣٠ - أحمد سلامة ص ٤٥ - د/ البدراوى ص ٣٣ - د/ عبدالودود يحيى ص ١٨ ، د/ حمدى عبدالرحمن ص ٢٨ .

(٢) راجع د/ عبدالودود يحى ص ١٧.

الارادة الى احداث أثر قانوني معين . وقد يتطلب القانون توافق ارادتين لاحداث هذا الأثر القانونى فتكون بصدد عقد . وقد تكون الارادة وحدها كافية لاحداث هذا الأثر القانونى فنكون بصدد ما يسمى بالارادة المنفردة . أما المصادر غير الارادية فهى العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب . وتتميز هذه المصادر بأن القانون وحده هو الذى يحدد الأثر المترتب على هذه الوقائع . دون اعتبار لارادة ذوى الشأن . وهذا الترتيب الحديث لمصادر الالتزام هو الذى أخذ به القانون المدنى المصرى . حيث تناول فى الباب الأول من القانون المدنى المصرى خمسة فصول عالجت هذه المصادر الخمسة على الترتيب التالى : الفصل الأول : العقد - الفصل الثانى الارادة المنفردة - الفصل الثالث العمل غير المشروع - الفصل الرابع الاثراء بلا سبب - الفصل الخامس نص القانون ، وبالتالى سوف تكون خطة البحث طبقا لهذا النهج العلمى السليم . وتكون دراسة هذا المؤلف محتوية على قسمين : الأول يتناول المصادر الارادية : العقد والارادة المنفردة ، والثانى المصادر غير الارادية العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب ونص القانون . حسب التقسيم التالى :

القسم الأول : المصادر الارادية .

الباب الأول : أحكام العقد بصفة عامة

الفصل الأول : ماهية العقد وأنواعه - وحرية التعاقد

الفصل الثانى : انشاء العقد

الفصل الثالث : آثار العقد

الفصل الرابع : جزاء الاخلال بقواعد العقد " المسئولية العقدية"

الفصل الخامس : انحلال العقد - الفسخ - الدفع بعدم التنفيذ

الباب الثانى : الارادة المنفردة " الوعد بجائزة "

الفصل الأول : شروط الوعد بجائزة

الفصل الثانى : آثار الوعد بجائزة

القسم الثانى : المصادر غير الارادية

الباب الأول : العمل غير المشروع " المسئولية التقصيرية "

الفصل الأول : المسئولية عن الخطأ الشخصى واجب الاثبات

الفصل الثانى : المسئولية عن فعل الغير

الفصل الثالث : المسئولية عن الأشياء

الباب الثاني : الاثراء بلا سبب

الفصل الأول : المبدأ العام للاثراء بلا سبب

الفصل الثاني : رد غير المستحق

الفصل الثالث : الفضالة

الباب الثالث : نص القانون

القسم الأول
المصادر الارادية

تمهيد

ألمحنا سلفا أن المصادر الارادية تشمل العقد والارادة المنفردة والعقد . وهما صورتا التصرف أو العمل القانونى الذى يرتب الالتزام بتطابق الارادتين أو الارادتين أو بارادة واحدة . والعقد هو توافق ارادتين على احداث أثر قانونى مثل عقد الايجار وعقد البيع أما الارادة المنفردة . هى اتجاه ارادة الشخص الى الزام نفسه دون حاجة الى ارادة أخرى لنشوء هذا الالتزام وبالتالى كان الزاما علينا فى مجال البحث تفصيل هذه الأحكام العامة ، وننوه الى أنه سوف نكون الخطة المنهجية لهذا البحث فى القسم الأول موزعة على بابين : الباب الأول : أحكام العقد بصفة عامة . والباب الثانى : الارادة المنفردة متمثلة فى الوعد بجائزة على النحو التالى



الباب الأول

أحكام العقد بصفة عامة

تمهيد

لما كان العقد هو توافق ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانوني معين . من ثم تأتى الضرورة ملحة لايضاح هذه الأحكام العامة للعقد الذي يقوم علي مبدأ الحرية التعاقدية . أي ميدأسلطان الارادة . فالاراده حره تنتج ما تشاء من اتفاقات مقيده بالصالح العام أو اعتبارات النظام العام . وأنه لايمكن تعديل أو تغير ما تولد عن الارادة الا باتفاق ذوي الشأن لها . ومن هنا تكون خطة البحث في هذه الباب منقسمة الي خمسة فصول هي :الفصل الأول : - ماهية العقد وأنواعها ومبدأ حرية التعاقد والفصل الثاني : انشاء العقد بمعني انعقاد العقد . الفصل الثالث : آثار انعقاد العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية. الفصل الرابع انحلال العقد اتفاقا بالفسخ أو القضاء به - الفصل الخامس : جزاء تخلف اركان العقد وذلك علي النحو التالي:-

الفصل الأول

ماهية العقد وأنواعه والحرية التعاقدية

تمهيد:

عند تفصيل احكام العقد والوقوف علي النواحي التفصيلية للحرية التعاقدية باعتباره أكثر مصادر الالتزام شيوعا في المعاملات فلا بد لنا من وقفة جادة علي ماهية العقد وأنواعه ثم امعان النظر في مبدأ الحرية التعاقدية أي سلطان الاراده في التعاقد . وسوف نتناول بحث هذين الشقين في مبحثين :-

الأول : ماهية العقد وأنواعة . والثاني : مبدأ الحرية في التعاقد

المبحث الأول
ماهية العقد وانواعه

ماهية العقد:

بإمعان النظر في نصوص التقنين المدني المصري وخصوصا في المواد من ٨٩ حتي ١٦١ مدني لم نجد تعريفا تشريعيا للعقد . وبالتالي ذهبت أقلام الفقه الي وضع تعريف عام بمعني واسع لماهية العقد (١) .أنه تطابق ارادتين أو أكثر علي انشاء الالتزام او تعديلة أو زواله وفي عبارة وجيزه تطابق ارادتي طرفين لترتيب أثر قانوني .

فيجب أولا لكي نكون بصدد عقد يخضع لأحكام النظرية العامه للالتزام أن تتوافق ارادتان أو أكثر وبالتالى فالتصرف القانوني بارادة منفردة مثل الوعد بجائزه - الوصية- النزول عن حق ارتفاق لايعتبر عقدا (٢) .

كما يجب أن يكون تتوافق الارادتين بقصد احداث أثر قانوني . فاذا لم يكن المقصود احداث هذا الأثر فلاتكون بصدد عقد . وبالتالي فدعوة الصديق لتناول العشاء وقبوله لتلك الدعوة لاتكون بصدد عقد . لأن الطرفان لم يقصدا انشاء التزام قانوني .فلا مسئولية اذا عدل الداعي.

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٢٦.
(٢) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ص ٢٠.

ويجب كذلك أن يكون الاتفاق في نطاق القانون الخاص . فالمعاهده التي تتم بين دولتين اتفاق قصد به احداث أثر قانوني . ويجب أخيرا أن يكون الاتفاق في دائرة المعاملات المالية . فالزواج يخرج من نطاق هذه العقود رغم أنه يطلق عليه اصطلاحا لفظ العقد .لأنه يخرج عن دائرة المعاملات المالية . والعقد يعتبر أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية . لأن الارادة المنفرده ليست سوي مصدر استثنائي للالتزام لاتنشئه الا في حالات محددة يعترف لها القانون بالقدرة علي انشاء الروابط القانونية (١) ونظرا لكون العقد نوعا من التصرف القانوني .فقد كان من المنطقي أن نتكلم في التصرف القانوني بواجه عام أولا . وآن تصاغ له نظرية عامه (٢) . ثم يخصص بعد ذلك أحكام خاصة بكل من العقد والارادة المنفرده . وقد أخذ بتلك الخطة المنهجية كل من المشرع الألماني ومن تبعة من تشريعات . حيث بدآ ينصوص تعالج فيها التصرف القانوني في ذاته وبوجه عام .

العقد والاتفاق :

لقد كانت هناك تفرقه قديمه بين العقد والاتفاق وقد أخذ بها المشرع الفرنسي في الماده ١١٠١ مدني فرنسي نعرف العقد " آنه

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص ٢٣.
(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٤٠.

اتفاق يلتزم به شخص أو اكثر آخر أو أخرين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل . فالعقد علي هذا الوجه نوع من الاتفاق وهو بمشابه النوع من الجنس . وقد ترتب علي تلك التفرقه قديما أن الأهلية التي تجب للعقد غير الواجبة للاتفاق . الا أن هذه التفرقه اندثرت الان ولم يعدلها في الوقت الحالي أهمية ما . فدرجة الاهليه تتوقف علي خطورة التصرف لاعلي كونه منشئا أو ناقلا أو منهيا والواقع أن هذه التفرقه لا أهمية لها في العمل بل ان العمل قد جري علي استعمال لفظي الاتفاق والعقد كمترادفين . وكما يذهب البعض ان جوهر الجامع بين العقد والاتفاق هي تفرقه بغير مدي من الناحية العملية فالعنصر الجامع بينهما هو العنصر الارادي . فالعقد هو اتفاق ارادتين أو اكثر علي احداث أثر قانوني يتبلور مبدئيا في صورة التزامات تقع علي عاتق الطرفين أو أحداهما .

انواع العقود:

تنقسم العقود من حيث التنظيم القانوني الي : عقود مسماه وعقود غير مسماه ومن حيث التكوين الي عقود رضائية - شكلية عينية ومن حيث الاثر الي عقود ملزمه للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد . وعقود معاوضة وتبرع . ومن حيث الطبيعة الي عقود محددة واحتمالية

---

(١) راجع د/ جمال زكى المرجع السابق ص ٣٦.
(٢) راجع د/ حمدى عبدالرحمن ص ٢٤.

. ومن حيث النفاذ الي عقود زمنية وفورية . ومن حيث المحكمة المختصة بالنظر الي المنازعات الناشئة عن العقد الي عقود اداريه . وعقود مدنيه وسوف نعرض لهذه الانواع السبعة فيما يلي:

١- تقسيم العقود الي مسماه وغير مسماه :

أساس هذا التقسيم ينحصر في التنظيم التشريعي للعقد فاذا كان العقد قد نال تنظيما تشريعيا لأحد اعتبارات ثلاث لكونه يتمتع بحظ وافر في الانتشار أوله آهمية عملية . أو يتمتع بحظ معقول من القواعد المنضبطة . فهذا يطلق عليه العقد المسمي [١] وامثلة العقود المسماة كثيرة ورد ذكرها في صلب التقنين المدني المصري مثل البيع - الوصية - الايجار الوديعة - الرهن - العمل . أما تلك التي لم تحظي بالتنظيم التشريعي فتعرف باسم العقود غير المسماة - أي نظرا لقلة شيوع هذه العقود بين الناس. فلم يتناولها التنظيم ولكنها تخضع للقواعد العامه في الالترام . وهي لاتقع تحت حصر وبالتالي لايمكن تقسيمها وأمثلة هذه العقود في الواقع العملي عقد الحضانه - عقد السيرك - عقد النزول في فندق - عقد الهاتق عقد الناشر - عقد الاعلان . فاذا ذاع شيوع أحد هذه العقود اهتم به المشرع وعني بتنظيمه ويخرج وبالتالي من دائرة العقود غير المسماه الي دائرة العقود المسماه وأبلغ دليل علي ذلك هو عقد التأمين [٢].

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٥٧.

(٢) راجع د/ عبدالودود يحى المرجع السابق ص ٢٢.

٢-تقسيم العقود الي رضائيه - شكلية - عينيه:

أساس هذا التقسيم يرجع الي شروط تكوين العقد . فالعقد الرضائي:هو ماكان عنصر الرضاء أو مجرد التراضي كاف لانعقاده فالقاعدة العامه في القانون المدني المصري . التراضي كاف لقيام العقد مالم يقضي بغير ذلك نص خاص[١] وأمثلة العقود الرضائية البيع – الايجار – ويجب عدم الخلط بين انعقاد العقد واثباته فالعقد يظل رضائيا حتي ولو اشترط القانون الكتابه للاثبات لان العقد غير المكتوب يكون موجودا ويجوز اثباته بالاقرار أو اليمين . وهذا لايمكن اذا كانت الكتابه ركنا شكليا في العقد فتخلف الكتايه يؤدي الي عدم وجود العقد . أما العقد الشكلي . فهو الذي يتطلب له شكلا معينا في غالب الاحوال مايكون هذا الشكل محررا رسميا فيسمي عقدا رسميا مثل عقد الرهن الرسمي وهذا مانص عليه المشرع المصري في الماده ١/١٠٣١ مدني . وكذلك تحرير العقد أمام موظف مختص مثل عقد الهبه وهذا ايضا ما ألمح المشرع بالنص عليه في عجز الماده ٤٨٨ مدني . وكذلك الحال في عقد الشركة لابد أن يكون مكتوبا والا كان باطلا وهذا ما ورد النص عليه كذلك في الماده ٥٠٧ مدني . ويلاحظ أن المشرع يشترط الشكلية نظرا لخطورة التصرف وتنبية المتعاقدين الي ذلك . ويجب في نهاية الأمر التمييز بين الشكل الذي يشترطه القانون لقيام العقد والطريقه التي

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٤٥.

يتطلبها للاثبات . فالعقد الذي تزيد قيمته علي خمسمائة جنيه يجب اثباته بالكتابه . ولكنه يظل رغم هذا عقدا رضائيا .لان الكتابه ليست ركنا فيه لازما لقيامه . بل مجرد طريقة لاثباته . لا أثر لها علي وجوده . وان كان يترتب علي تخلفها صعوبه اثباته أما العقد العيني . فلا يكفي التراضي فيه للانعقاد وانما لابد من التسليم . فهو ذلك العقد الذي يعتبر التسليم ركنا فيه . وتعتبر الهبه اليدويه في القانون المصري عقدا عينيا لأن تسليم المنقول الموهوب له ركن فيها لاوجود للعقد بدونه . وقد كان التقنين المدني المصري القديم ينص علي أن عقد القرض والعاريه والوديعه ورهن الحيازه عقودا عينيه . ولكن الاتجاه الحديث [١] ،[٢] في الفقه يري أن الأصل في العقود الرضائيه . وبالتالي فقد أصبحت العقود العينية في التشريعات المدنيه الحديثه نادرة . ولم يعد سوي هبة المنقول عقدا عينيا اذ يجوز آن يتم بورقة رسمية أو بالقبض . هذا ويلاحظ أن للاراده دور فعال في تحويل العقد من الرضائية الي الشكلية أو من الرضائية الي العينية فيستطيع الأطراف جعل العقد الرضائي عقدا شكليا مثل البيع فقد يتفق البائع والمشتري علي أن البيع لا ينعقد الا بورقة رسمية .ففي هذه الحاله تكون الكتابه شرطا للانعقاد ويجوز الاتفاق بين

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى العقود المسماه ، ص ٧٥ - ٧٦ ، نظرية الالتزام ص ٤٢ هامش ٥ .

(٢) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ص ٢٣ ، د/ البداروى ص ٦٣ د/ حمدى عبدالرحمن ص ٣٧.

الطرفين علي تحويل العقد الرضائي الي عيني ومثل هذا الاتفاق نجده في عقد التأمين حيث نجد فيه النص علي أن العقد لايتم الا بعد دفع المستأمن القسط الأول فهنا يصبح العقد الرضائي عقدا عينيا باتفاق المتعاقدين.

٣- تقسيم العقد الي ملزم للجانبين - ملزم للجانب الواحد- عقود المعارضه - عقود التبرع .

أساس هذا التقسيم يعزي الي أثر العقد والمقابل فيه وسوف تعرض لهاتين الطائفتين كما يلي .

أ- عقود ملزم لجانب واحد وملزم للجانبين:

يقصد بالعقد الملزم لجانب واحد ذلك العقد الذي ينشئ التزامات . في ذمة أحد طرفيه فقط دون الطرف الاخر فيكون بمقضاه أحد الطرفين مدنيا . والاخر دائنا . ومثال ذلك : الوديعة بغير أجر فهي تلزم المودع لديه بأن يستلم الشئ المودع وأن يحافظ عليه وآن يرده عند نهاية مدة الوديعة . أما المودع فلا يلتزم بشئ ومما يجب الأشاره اليه أن العقد الملزم لجانب واحد مثل بقية العقود ينعقد بتطابق ارادتين. فعبارة جانب واحد تنصرف الي اثر العقد وليس الي تكوينه . وهذا ما يميزه عن التصرف القانوني الذي يتم بارادة واحدة ولا يعتبر بذلك عقدا ومثاله الوصيه - الوعد بجائزة . أما العقد الملزم للجانبين : فهو الذي ينشئ التزامات متقابلة في جانب طرفيه مثل

عقد البيع والايجار . ففي عقد البيع يوجد التزامات متبادلة ومتقابله بين البائع والمشتري فحين يلتزم البائع بنقل ملكية الشئ المبيع في المقابل له يلتزم بدفع الثمن . وفي عقد الايجار يلتزم المؤجر بتسليم العين محل العقد صالحة للانتفاع وفي المقابل يلتزم المستأجر بدفع مقابل هذا الانتفاع وهو الأجرة . وهذا التقابل بين الالتزامات هو الذي يبرز أهمية تقسيم العقود الي ملزمة للجانبين علي النحو التالي :

أ- من حيث الفسخ:

تنطبق قواعد فسخ العقد في العقود الملزمه للجانبين للتحلل منها نهائيا علي خلاف العقود الملزمه للجانب الواحد فلا يكون امام المتعاقد سوي المطالبة بالتنفيذ الجبري . فيستطيع المتعاقد اذا امتنع المتعاقد الاخر عن تنفيذ التزامة أن يطلب الفسخ بدلا من التنفيذ الجبري.

ب - الدفع بعدم التنفيذ :

اذا لم يقم أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بتنفيذ الالتزام كان للمتعاقد الأخر أن يدفع بعدم التنفيذ علي خلاف الحال في العقد الملزم للجانب الواحد فليس هناك التزام مقابل يدفع بعدم تنفيذه.

ج- تحمل التبعية :

اذا استحال علي أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه بسبب أجنبي لابد له فيه انقضي الالتزام المقابل له وانفسخ العقد في العقود الملزمة للجانبين . وتقع تحمل التبعة علي عاتق المدين بالالتزام فهو الذي يتحمل الخساره الناتجة عن هذه الاستحالة (١).

٤- تقسيم العقود الي معاوضة وتبرع :

يقصد بعقد المعاوضة ذلك العقد الذي ياخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطي مثل البيع . فهو معاوضة بالنسبة للبائع الذي يقبض الثمن في مقابل اعطاء المبيع . وكذلك الأمر بالنسبة للمشتري الذي تنتقل اليه ملكية المبيع في مقابل دفع الثمن هذا ويلاحظ أنه لا يشترط لكون العقد من عقود المعاوضه أن يكون المتعاقد قد أخذ المقابل من المتعاقد الاخر . ومثال ذلك عقد الكفالة بين الدائن والكفيل (٢) فهي عقد معاوضه بالنسبه للدائن المكفول لأنه أخذ كفالة من المتعاقد معه وهو الكفيل وإعطي الدين للمدين وهو ليس المتعاقد الآخر في عقد الكفالة فالكفالة تعتبر معاوضة بالنسبه للدائن . وقد يكون تبرعا بالنسبه للكفيل اذا كان لايأ خذ أجر ا في الكفالة . أما عقد التبرع فهو ذلك العقد الذي لا ينال فيه أحد

---

(١) راجع د/ السنهوري ج ١ فقرة ٥٦ ، د/ بهجت بدوي فقرة ٣١.
(٢) راجع د/ حمدى عبدالرحمن المرجع السابق ص ٦١.

العاقدين لما يعطيه ولايقدم العاقد الاخر مقابلا لما يناله منه . فعقد الهبه عقد تبرع بالنسبه للواهب الذي يقدم المال الموهوب دون مقابل لذلك . وبالنسبة للموهوب له يتملك المال الموهوب دون مقابل يعطيه [١]. وينبغي التنويه الي مسألة هامه وهي أنه لاارتباط بين تقسيم العقود الي ملزمة للجانبين وملزمه واحد وبين تقسيمها الي عقود معاوضة وتبرع . فالعقد قد يكون ملزم للجانبين ورغم ذلك يعتبر من عقود التبرع مثل الهبة بعوض أو العاريه . وقد يكون العقد ملزما لجانب واحد ورغم ذلك يعتبر عقد معاوضة مثل الكفالة [٢] وترجع أهمية تقسيم العقود الي معاوضه وتبرع تباعا في الأحوال الاتية:-

١- من حيث الاهليه تختلف أحكام أهلية الاداء في عقود المعاوضه عنها في عقود التبرع . فاذا كان المتصرف قاصرا . فان عقود التبرعات التي يرتبط بها تكون باطلة بطلان مطلق : أما في عقود المعاوضة فانها تكون قابله للابطال أو باطله بطلان نسبي.

٢- من حيث شخصية المتعاقد [٣]. لما كانت العقود التبرعية تقام علي اعتبارات شخصية للمتبرع . علي خلاف الحال في العقود

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٥٦.
(٢) راجع د/ السنهورى ص ١٣٥ هامش ٢ عكس ذلك يرى أن العقود الملزمة للجانبين دائما عقود معاوضة .
(٣) راجع د/ حمدى عبدالرحمن المرجع السابق ص ٦٤.

التي تكون معاوضة . فالفارق المنطقي يكون قائما علي اختلاف كل من النوعين من حيث وجود المقابل أو انعدامه ويمكن أن يلاحظ ذلك بوضوح تام في أن الغلط في شخصية المتعاقد في عقد التبرع غلطا جوهريا فانه يجعل العقد قابل للابطال (١) ولانجد لذلك صدي واسع في عقود المعاوضه . الا في بعض الأحوال الخاصة التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار مثل عقد شركة الاشخاص.

٣-من حيث المسئولية العقدية: تكون مسئولية المتبرع مثل الواهب أخف وطأه من مسئولية المعاوض مثل البائع . كما أن مسئولية المتبرع له كالمستعير أشد في العاده من مسئولية المعاوض كالمستأجر . ويظهر ذلك بوضوح في العقود التي يجوز أن تكون معاوضه أو تبرعا كالوكالة أو الوديعة . حيث تكون مسئولية الوكيل أو المودع عنده اذا كان معاوضا أشد من مسئوليته اذا كان متبرعا.

٤- من حيث دعوي عدم نفاذ تصرفات المدين : تختلف شروط الدعوي البوليصية بحسب ما اذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعا أو معاوضه . فيجوز الطعن في هذه الدعوي اذا كان تبرعا حتي ولو كان المتعاقدين حسني النية ولا يجوز الطعن فيه اذا كان معاوضه الا اذا كان منطويا علي غش من المدين وكان العاقد الاخر علي علم بهذا الغش.

---

(١) انظر المادة ١٢١ مدنى مصرى .

٥-من حيث وجوب الضمان :يسأل المعاوض في عقود المعاوضتعن ضمان الاستحقاق الكلي والجزئي . فاذا استحق الشئ المبيع من تحت يد المشتري برد الثمن والتعويض . أما في عقود التبرع مثل الهبه فلا ضمان علي الواهب الا اذا كان تعمد اخفاء سبب الضمان . وتطبق القاعدة العامه في ضمان العيوب الخفيه (١).

٦-من حيث المحل : يجوز في عقود المعاوضه أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . مع مراعاة للقاعدة الوارده في الماده ١٣١ مدني مصري " عدم جواز التعامل علي تركة انسان علي قيد الحياه ولو كان برضاه .اما في الهبه فان هبة الاموال المستقبله تقع باطله طبقا للماده٤٩٢ مدني.

٧- من حيث تصرف المورث قبل الوفاه :اذا صدرت عقود معاوضه من المورث قبل الوفاه فان ورثته لا يستطيعون الطعن عليها . أما اذا كان هناك تصرفات تبرعيه وفي مرض الموت فتطبق الماده ٩١٦ مدني وهي اعتبار التصرف المذكور وصية مضافه الي مابعد الموت. (٢)

٥- تقسيم العقود الي : محددة واحتمالية:

اساس هذا التقسيم كما أسلفنا يرجع الي طبيعة هذه العقود .

---

(١) انظر المادة ٤٤٧ مدنى مصرى .

(٢) راجع د/ سعيد عبدالسلام الوجيز فى عقد البيع فى القانون المدنى المصرى عام ١٩٩٥ ص ٣١٣.

ويقصد بالعقد المحدد ذلك العقد الذي تنشأ في ذمة طرفيه التزامات محققه الوجود ومحددة المقدار . بحيث يستطيع كل منهما أن يعرف وقت ابرامه قدر ما يناله منه وقدر ما يعطيه بمقتضاه . مثل عقد البيع . فالشئ المباع والثمن يتحددان وقت العقد . أما العقد الاحتمالي فهو ذلك العقد الذي لايستطيع فيه احد المتعاقدين أو كلاهما تحديد مقدار ما يأخذ وما يعطي . وأبرز مثال لذلك في الحياه العمليه عقد التأمين . فلا يستطيع المؤمن له تحديدا مقدار ما سيدفع عند حلول الخطر من أقساط ولايستطيع المؤمن وهو شركة التأمين في غالب الأحوال تحديد مبلغ التأمين أي تعويض الخطر . وترجع أهمية التمييز بين العقود المحددة والاحتماليه كما يري البعض في الفقه [١] أن تطبيق فكرة الغبن لاترد إلا علي العقد المحدد ولامجال لها في العقد الاحتمالي اذ أنها قائمة علي أساس خطر محتمل يتحمله أحد طرفيه . ولكننا نذهب مع اتجاه آخر نري أنه يتسق مع المنطق القانوني وقواعد التأصيل العلمي [٢] يسري أن الغبن كما يقع في العقود المحدده يقع كذلك في العقود الاحتماليه .وانما يختلف تقديره في كل منهما عن الاخر فالغبن في العقد المحدد اختلال التعامل وقت ابرامه بين الادعاءات المتقابلة ولكن في العقد

---

(١) راجع د/ السنهوري الوسيط جـ ١ فقرة ٦٣ د/ بهجت بدوى فقرة ٣٤.

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ص ١١٣ ، د/ محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٥٤.

الاحتمالي التعادل وقت ابرامه بين احتمال الكسب واحتمال لكل من طرفيه .

تقسيم العقود الي فورية ومستمرة:

أسلفنا أن هذا التقسيم علي اساس نفاذ العقد . فالعقد الفوري هو ذلك العقد الذي لايعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه أي لايؤثر الزمن علي تحديد مايترتب عليه من الاداء . ومثال ذلك عقد البيع فهو فوري لأن الزمن لايتدخل في تحديد التزامات المشتري حتي ولو تأجل التسليم . أما العقد المستمر أو الزمني أو عقد المدة فالزمن عنصر مقصور فيه لذاته .اذ بالزمن يقاس التزامات طرفيه ولا يتصور وجوده الامن خلال الحيز الزمني مثل عقد العمل وعقد الايجار . واذا تعذر الوقوف على مدة العقد أو انعقد لمدة غير محددة بحيث لايمكن معرفة التاريخ الذى ينتهى معه وجود هذا العقد فان العقد ينعقد للفترة المحددة لدفع الأجرة [1] هذا ويلاحظ أن العقد الزمنى، ينقسم بدوره إلى عقد ذى تنفيذ مستمر وعقد دورى التنفيذ . والأول ما يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه . أما الثانى فالأداء يمكن أن يكون فيه فوريا . ولكن طرفيه يتفقا على تكرار تنفيذه فترة من

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٨٠/٣/٥ الطعن ٥٩١ السنة ٤٩ ق ص ٧٤١ ، مشار اليه فى هامش ١ ص ٢٨ د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق .

الزمن مثل عقد الوريد . وتتضح أهمية التمييز بين عقود الزمن أي المدة والفورية فى الأحوال الآتية :

١ - من حيث الإعذار

يعتبر الإعذار ضرورة لا غنى عنها فى العقد الفورى لكي يمكن المطالبة بالتعويض عن التأخير فيها في التنفيذ بينما لامجال لاعماله في العقود الزمنيه أو المستمره . لأن تأخير المدين في تنفيذ الالتزام المستمر يجعل تنفيذه غير ممكن علي الأقل بالنسبه لما فات عنه .[١]

٢- من حيث أثر الفسخ :

من المعلوم أن الفسخ يعيد المتعاقدين الي الحاله التي كانا عليها قبل التعاقد وزوال بالتالي كل أثر للتعاقد بين الطرفين. وهذا يكون مجاله العقود الفورية أما العقد المستمر أو الزمني فليس للفسخ هنا الأثر الرجعي لأنه لايمكن اعادة عنصر الزمن . فما مضي من الزمان لايعود .

٣- استحالة التنفيذ :

اذا استحال تنفيذ العقد لسبب يرجع الي القوه القاهرة مثل

الحرب فيقف تنقيذ العقد اذا طرأت هذه القوه القاهره الي حين زوال الاستحالة . وانما يختلف أثر الوقف في العقد الفوري عنه في العقد المستمر . فلا يكون للوقف أثر علي الالتزامات الناشئة عن العقد الفوري .بل تبقي كما هي لتنفيذ ها بعد زواله كما كانت قبل طروئه . حين يترتب عليه في العقد المستمر زوال اثاره في فترة الوقف فلا ينعقد بعد زواله الا مايبقي منه ولايمتد بقدر هذه الفتره (١).

٤-انهاء العقد:

لاتثور فكرة الانهاء الانفرادي الافي العقد الزمني وبالذات حين يكون العقد غير محدد المدة . أما في غيرها فتطبق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الوارده في الماده في الماده ١٤٧ مدني . ويذهب الفقه (٢) أنه ضمانا لعدم قيام احد المتعاقدين بانهاء العقد الزمني فجاء . الأمر الذي يلحق الضرر بالمتعاقد الاخر نري أن المشرع يفرض عليه الاخطار برغبته في الانهاء قبل وقوعه بوقت كاف مثل عقد الشركة وعقد الايجار وعقد العمل فلابد قبل انهاء عقد العمل من ضرورة الاخطار ومراعاة هذه المهله.

---

(١) راجع د/ عبد الحى حجازى ص ١٠٦ المرجع السابق .

(٢) راجع د/ أحمد سلامة ص ٧٢ المرجع السابق .

٥- نظرية الظروف الطارئة:

مجال اعمال هذه النظرية العقد المستمر . وذلك لامكان تغير الظروف أثناء سريانه عما كانت عليه وقت ابرامه أما العقد الفوري فلا يخضع لهذه النظرية الا اذا كان تنفيذه مؤجلا.

* العقود المدنية والادارية :

اساس هذا التقسيم كما سبق هو المحكمة المختصة بالمنازعات الناشئة عن العقد . فيعتبر العقد اداريا اذا كان احد طرفيه شخص معنوي عام يتعاقد بوصفه سلطة عامة . وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام يقصد تسييره او تنظبمة . والعقد الاداري أحد أساليب القانون العام بما تحويه من شروط غير مألوفه في العقود الخاصه وبالتالي تختص يتطبيق أحكام العقد الاداري محاكم القضاء الاداري بمجاس الدوله . اما عقود القانون الخاص أي العقود التي تسري عليها الأحكام العامة للالتزام فيختص بتطبيق هذه الأحكام عليها القضاء العادي .

المبحث الثاني

الحرية في التعاقد " مبدا سلطان الارادة "

مبدا الرضائية :

ننوه في بداية الامر الي عدم الخلط بين مبدأ الرضائية ومبدأ سلطان الارادة في التعاقد [١] . ذلك أن الاول لا يعني أن يتصل بتكوين العقد ولا بتحديد مضمونه وفحواه وأن التراضي كاف وحده لابرام العقد فينشأ العقد بمجرد تراضي الطرفين وتطابق ارادتهما أيا كانت طريقة التعبير عنها . وقد يرد علي مبدأ التراضي كما سبق أن ذكرنا استثناء يستلزم إفراغ التراضي في شكل خاص يعتبر ركنا في العقد لايقوم بدونه انما لايخل ذلك بالرضائية . أن يحدد طريق خاص لاثبات الالتزام . فالعقد يظل رغم ذلك رضائيا. ويعتبر بعض الفقه هذا المبدأ [٢] الشق الاول من مبدأ سلطان الارادة. أي أن الاراده وحدها كافيه لانشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عا م.

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ص ٤٣ المرجع السابق .

(٢) راجع د/ عبدالمنعم البدراوى المرجع السابق .

مبدأ سلطان الارادة بين النظرية والتطبيق :

جماع هذا المبدأ أن الاراده الفردية هي صاحبة السلطان الأكبر في انشاء العقود غير مقيده بالعقود المسماه التي نظمها المشرع في نصوص القانون . وقد وجد هذا المبدأ غايته في ظل المذهب الفردي . الذي يري قيام التعاقد علي ارادة حرة فالحرية التعاقدية هي التي تقيم الفرد سيدا لنفسه . وتجعل منه غاية في ذاته . ويري أنصار هذا المذهب أن أصلح الوسائل لانشاء علاقات بين الافراد هي التي تنشأ عن العلاقات الفردية بين مصالح الافراد . أما الالتزامات التي تفرض علي الفرد دون رضاه . فهي تتضمن مساسا بحريته واعتداء علي حقه . وتكون بالتالي الاراده الفردية مطلقة السلطان داخل هذه الحدود التي فرضت باسم الحريه ذاتها . ويتعين علي المشرع أن يحترم كافة مظاهرها . غير أن هذا المبدأ الحر في التعاقد رغم أنه ترعرع في أحضان المذاهب الفردية ابتداء من القرن الثاني عشر مع بداية القانون الكنسي . الا انه قد حدثت متغرات كثيره من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية مع بذوع فجر القرن التاسع عشر . فقد تقلص المذهب الفردي وظهر المذهب الاشتراكي الذي قوامه وهدفه هو الجماعة وليس الفرد . فقد تطورت

الصناعه والانتاج وظهور الاله . ولم يعد المناخ مناسبا لإعمال حرية الافراد مما دعي المشرع الي التدخل بوضع قواعد آمرة في مجال العقد لحماية الطرف الضعيف ولتحقيق النفع العام حتي ولو علي حساب الفرد . وبذلك يكون قد انتهت الأسطورة الخيالية لمبدأ سلطان الارادة .اذ كيف يمكن المساواة بين صاحب العمل والعامل لتحقيق التوازن في العقد وكيف يمكن للفرد أن يتمتع عن التعاقد في عقد اذعان مثل شركات الكهرباء - المياه والنقل - .اذا وجدت شروط مجحفه به تمنعه من التعاقد . ومن هنا يمكن القول أن المشرع وضع قيودا علي مبدأ سلطان الاراده ترجع أول هذه القيود الي فكرة النظام العام والاداب . غير أن القضاء في تطبيقه لتلك الفكرة المرنه عمد في بعض الاحوال الي التوسع في تطبيقها لتحقيق شئ من المساواه بين الأفراد . وقد ظهرت هذه القيود جلية في نصوص القانون المدني ونصوص القوانين الخاصة . ونشير في عجالة سريعة الي مضمون هذه القيود .

(أ) قيود سلطان الارادة في القانون المدني:

أخذ المشرع بنظرية الاستغلال كعيب من عيوب الاراده كقيد هام علي مبدأ سلطان الارادة . بحيث لايجوز للمتعاقد أن يستغل

ما يوجد بالمتعاقد الآخر من طيش بين أوهوي جامح كمن قد دفعه الي التعاقد . كما خول القاضي سلطة الرقابه في عقود الاذعان الواردة في المادة ٢/١٥٠ مدني وهي تعديل قيود العقد أو اعفاء الطرف المذعن من تنفيذ هذه البنود اذا كانت جائرة . كما خوله أيضا في الظروف الطارئة تعديل شروط العقد أو الاعفاء منها . كما يحوز له ايضا تخفيض الشرط الجزائي اذا كان مبالغا فيه الي درجة كبيرة . وأجاز المشرع للمقترض في القرض بفائدة الوفاء قبل حلول الأجل . وفي المال الشائع واتحاد ملاك الطبقات للبناء الواحد إخضاع الأقليه لما تقوم به الأغلبيه من أعمال للادارة.

(ب) - قيود علي المبدأ في نطاق التشريعات الخاصة:

هذه القيود لاتقع تحت حصر وانما يمكن ذكر ما تيسر منها في أن المشرع في مجال التشريعات الاقتصادية والتي نظمها المرسوم بقانون ٦٣ لسنة ١٩٥٠ المعدل وهي التشريعات التموينية [١] فرض نوع من التسعير الجبري لبعض السلع الاقتصادية مخالفا بذلك حرية العرض والطلب تحقيقا للعدالة

---

(١) راجع مؤلفنا طرق الاعفاء على المسئولية فى جرائم التموين والتسعيرة عام ١٩٨٢ ص ٢١٢ ، ٢١٩.

الاقتصادية بوضع حد اقصي لا يجاوزه الأفراد في التعامل - امتداد عقود الايجار سواء كانت في نطاق المساكن التي يسري عليها قانون تنظيم العلاقه بين المالك والمستأجر[١]، [٢]. فجعل العقد يمتد رغم انتهائه مخالفا بذلك مبدأ الحرية التعاقدية اعمالا لقواعد آمره لايجوز العدول عنها مخالفتها وكذلك . الزام الملاك بقبول التعاقد مع أشخاص قد لايرغبون في التعامل معهم مثل إلزام المؤجر بتحرير عقد إيجار في حالة الامتداد القانوني[٣]. أو ابرام الشخص لعقد عنه مثل عقد التأمين الجبري [٤] والي غير ذلك من القيود التي نظمت بقواعد تشريعية آمره . وهكذا لم يعد مبدأ سلطان الارادة ينطبق في مجتمعنا الحديث بنفس القوه والطلاقة التي كان يتمتع بها في ظل المذهب الفردي الذي كانت يقدس الحرية الفردية اعمالا لقول أحد الفقهاء انه في بداية القرن السابع عشر ان البهائم تقيد من قرونها أما الناس فيقيدون بألسنتهم .

---

(١) راجع القيود التشريعية على حرية التأجير والاستئجار د/ حمدى عبدالرحمن ، عقد الايجار ١٩٩٢ ص ٣٠١ ، د/ محمود جمال الدين ذكى ، القانون الزراعى عام ١٩٨١.

(٢) راجع بحث مطول على " الاجبار القانونى على التعاقد " بحث للمؤلف منشور فى مجلة المحاماة العدد التاسع والعشرون ص ١٨٠ عام ١٩٨٦ ص ٦٠ .

(٣) انظر المادتين ٢٩ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، المادة ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن ايجار الأماكن .

(٤) راجع د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ٥٥.

الفصل الثاني

انشــاء العقــد

تمهيد:

لما كان العقد كما سبق القول انه تطابق ارادتين أو أكثر بقصد احداث أثر قانوني. ينشأ من هذا التعريف قوام أن الاراده ما دامت واعيه لاتتجه علي غير هدي لانشاء الالتزام . بل تهدف الي غاية معينه يطلق عليها اصطلاحا . السبب ومن البديهي أن يرد الالتزام علي محل قد يكون عمل[١] أو امتناع عن عمل فالعقد اذن له ركنان هما : التراضي والسبب .أما المحل فهو ركن في الالتزام ذاته . ولا تظهر أهمية المحل الا في الالتزامات الارادية فقط . غير أن انعقاد فقهي تقليدي جري علي دراسة العقد في أركان ثلاثة هي : التراضي والمحل مضاف اليها الشكل في العقود الشكلية . والتسليم في العقود العينية ومن ثم تأتي خطة دراستنا في هذا الفصل لمعالجة هذه الأركان الثلاثة كل في مبحث مستقل مضافا اليهما دراسة الجزاء علي اختلاف أحد هذه الأركان تحت مسمي البطلان في المبحث الرابع وذلك علي النحو التالي.

المبحث الأول

التراضـــــــي

تمهيد:

التراضي هو توافق ارادتين بقصد احداث أثر قانوني ويعتبر التراضي موجودا اذا تطابقت ارادتا المتعاقدين وتوافرت شروط المحل والسبب . وبذلك ينعقد العقد. ولكن وجود التراضي لايكفي بمفرده لاستقرار العقد بصفه نهائية بل يجب أن تكون الارادة صحيحة خالية من أي عيب يشوبها . وهذه تسمي بشروط صحة العقد . وبالتالي تكون دراستنا للتراضي في مطلبين : الأول يتناول : :وجود التراضي ويشمل : التعبير عن الاراده - تطابق الارادتين - صور خاصة للتراضي " التعاقد بالمراسله - التعاقد بالعربون - الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي - النيابه في التعاقد . أما المطلب الثاني فيتناول : صحة التراضي ويشمل عيوب التراضي "الغلط - الاكراه - التدليس - الاستغلال " وذلك كما يلي:-

المطلب الأول

وجود التراضي

التعبير عن الاراده :

ان الحديث عن وجود الاراده يوجب حتما في مجال البحث العلمى شمول هذا الوجود والتعبير عنه وطرق هذا التعبير ومدي اعتبار السكوت تعبيرا عنهذه الاراده . وأثر الموت وفقد الإهلية علي التعبير عنها .

أ- وجود الارادة والتعبير عنها :

إشار نص الماده ٨٩ مدني الي وجود الارادة ذاتها فجاء النص " أن العقد يتم بمجرد أن يتناول طرفا التعبير عن ارادتين متطابقين .... الخ النص " يفهم من هذا النص أنه لكي يوجد الرضاء لابد وأن توجد ارادتان قد عبر عنهما وأن تتطابق أحدهما مع الأخري . ولما كانت الاراده هي حقيقة كامنه في ذات الشخص ولاتظهر الي حيز ونطاق القانون الابالتعبير عنها . ومن هنا لابد لنا من الحديث عن التعبير عن الاراده وحكم اختلاف الارادة الظاهرة عن الاراده الباطنه . وقد أشارت الماده ٩٠ مدني الي أن " التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا .كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا في

دلالته علي المقصود ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان علي أن يكون صريحا ".

يتضح من هذا النص أن التعبير عن الاراده كما يكون صريحا يكون ضمنيا . ولايشترط شكل معين في هذا التعبير والتعبير الصريح هو ما يدل مباشرة علي [١] المعني المقصود من الارادة . مثل استعمال لفظ البيع أو الشراء أو كتابتهما . وقد يكون التعبير الصريح يهز الرأس عموديا للدلالة علي الموافقة أو أفقيا للدلالة علي الرفض . ويمكن أن يكون التعبير صريحا باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا في دلالته علي المقصود مثل عرض التاجر الملابس للبيع مدونا عليها سعر الشراء . ويكون ضمنيا اذا كان مظهره ليس واضحا في الكشف عن الاراده ولكنه مع ذلك يدعى عليها بطريقة غير مباشرة بقاء المستاجر في العين المؤجرة بعد انتهاء المدة المحددة في العقد وعلم المؤجر بذلك اذ يعتبر عقد الايجار عقد جديد تم بينهما بارادتين ضمنينين . وقد سوي المشرع في الاصل بين التعبير الصريح والتعبير الضمني في التعبير عن الاراده . ولكن استثناء من هذا الأصل العام أورد المشرع استثناء في الفقره الأخيره من الماده ٩٠ مدني سالف

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ٣٤.

الذكـر "... اذا لم ينص القـانون أو يتـفق الطرفـان علي أن يكون صريحا ". ولنضرب أمثلة من واقع التطبيق العملي تفيـد هذا الاستثناء ففي حالة اتفاق الطرفين [1] مـاورد بالماده ٤٧٥ مـدني والخاص ببيع التركة: اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئـا مـمـا اشتـملت عليـه وجب أن يرد للمشتري ما تستولي عليـه مالم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد..".

وما ورد في الماده ٥٩٧ مدني التي تتطلب التعبير الصريح في حالة التنازل عن الايجار الصريح والايجار من الباطن تبرآ ذمة المستآجر الأصلي قبل المؤجر سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة التنازل عن الايجار أم فيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الاصلي من التزامات في حالة الايجار من الباطن ...الخ النص".

وكـذلك الحـال في المـاده ١٨ اثبـات أن الدفـاتر المنزليـة لاتكون حجة علي من صدرت منه الا في حالتين :-

الاولي : اذا ذكر صراحة أنه استوفي دينا . والثانية : اذا ذكر صراحة أنه قصد ما دونه في هذه الاوراق أن تقوم مقام السند

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ١٧٧.

لمن أثبت حقا لصالحه . ومما يشغل البال هل يجوز أن يكون السكوت تعبيرا عن الاراده أم لا؟.

قد يختلط الأمر في ذهن البعض أن السكوت يعتبر تعبيراً ضمنيا عن الاراده . ولكن هذا وهم قد يقوم في الذهن لآن التعبير الضمني يفترض أن الشخص قد سلك مسلكا معينا يمكن أن يقطع في الدلالة علي إرادته . أما السكوت فهو أمر سلبي بحت لايقترن بأي مسلك أو موقف . فضلا عن أنه غير مصحوب بلفظ أو كتابة أو أشارة وبالتالي لايمكن للسكوت أن يكون تعبيرا عن الايجاب . فالايجاب هو عرض يستفاد من فعل ايجابي محدد موجه الي الغير ولاشك للفعل السلبي في السكوت به والقبول أيضا لايستفاد من مجرد طبقا للسكوت القاعدة في الفقه الاسلامي [1] لاينسب لساكت قول ". ويفهم من هذا التحليل علي أنه اذا كان مجرد السكوت لا يعد قبولا . ومع ذلك فهناك حالات استثنائية يعتبر فيها السكوت دليلا علي القبول . وهي حالات يقترن فيها السكوت بظروف وملابسات معينه ويسمي " السكوت الملابس". وهذه الحالات هي :-

أ- اذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف يدل علي أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا

(١) راجع د/ السنهوري مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ص ١١٩.

بالقبول . فان العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب .

ب- اذا كان هناك مقابل سايق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل .

ج- اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه . فان سكوت الموجه اليه يعتبر قبولا [١].

أ- الارادة الظاهرة والباطنة:-

لما كانت الاراده عمل نفسي داخلي فقد يصدر فعل خارجي يعبر عنها لايكون صادقا علي حمل حقيقة هذا التعبير أي لايكون صورة صادقة للارادة الكامنه في النفس [٢]. ومثال ذلك أن يضع تاجر سهوا منه ثمن للسلعة التي يبيعها أقل من الثمن الذي يقصد به البيع . فهنا يثور التساؤل هل يعتبر بالاراده الباطنه أم بالاراده الظاهرة

تنازعت القوانين المقارنه في الاجابه علي هذا التساؤل الهام وانقسمت في ذلك الي اتجاهين .

---

(١) انظر المادة ٩٨ من القانون المدنى .
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكي المرجع السابق ص ٦٤.

١- الاتجاه الأول : نظرية الاراده الباطنه:

اعترفت القوانين اللاتينية والقانون الفرنسي الأخذ بنظرية الاراده الباطنه. ذلك أنه اذا كان التعبير عن الاراده ليس سوي وسيلة لنقلها الي الي علم الغير . فلا قدرة له بذاته علي انشاء العقد . بل تتأسس قيمته في تكوين التراضي علي مطابقته للارادة الحقيقة . ولايشوب هذه النتيجة أن يكون التعبير ضروريا لنقل الاراده من أعماق النفس الي دائرة القانون [١]، ومن ثم حتما لتوافر التراضي وقيام العقد بتوافره .لأن هذه الحقيقة لاتنفي أنه انفصاح عنها يستمد وجوده منها وليس له مستقلا عنها أية قيمة قانونية سواء وقع اختلافه عنها بفعل صاحبة أم لامر خارجي عنه . والأخذ بهذا الاتجاه أي اعمال نظرية الاراده الباطنه كان نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الاراده الذي يستند بدورة الي اعتبارات خلقية واضحة مادام الالتزام يستند الي ارادة الملتزم . فالعبرة بارادته الحقيقية .فهي التي تنشئ الالتزام . لا العلاقة الخارجية التي تدل عليها وان كانت ضرورية لانشائه .

---

(١) راجع شيفالييه ص ٩٨ مشار إليه فى د/ جمال ذكى هامش ٨ . ص ٦٥.

٢- الاتجاه الثاني : نظرية الارادة الظاهرة :-

رائد هذه النظرية الفقه الالماني [١] ويقرر أن اعطاء التعبير عن الارادة قيمة ذاتيه هو الظاهر ة الاجتماعية التي تصل الي علم الغير . وينشأ عنها الأثر القانوني .والاراده الظاهرة كما تفهم من التعبير الذي صدر عن صاحبها هي وحدها التي يعتد بها في تكوين العقد حتي ولو كان هذا التعبير لايتفق تماما مع حقيقة قصد من صدر عنه . اما الاراده الحقيقة التي تظل كامنه في النفس ويعيده إلى علم الغير فلا تعدو أن تكون ظاهرة نفسية ولا يترتب عليها أي أثر . وتستند هذه النظرية الي حماية الثقة في المعاملات . فلو أخذ بنظرية الاراده الباطنه لتزعزعت الثقه في المعاملات وانهارت الطمأنينة في النفوس .

ويعلق الفقه [٢] علي هاتين النظريتين أنه وان كانتا علي طرفي النقيض من الناحية النظرية . فان الفارق بينهما محدود الأثر في الحياة العملية [٣] فصعوبة اثبات الاراده الباطنه تقف في معظم الأحيان حائلا دون التعبير عن الاراداه وتقوم قواعد

---

(١) راجع شيفالييه ص ٩٨ مشار اليه في د/ جمال ذكي هامش ٨ ص ٦٥.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكي المرجع السابق ص ٦٦.
(٣) راجع د/ حشمت أبو شتيت المرجع السابق ص ٩٨.

المسئولية التقصيرية لحماية الغير الذي أطمأن الي اعلان الاراده في الحالات النادره التي ينجح فيها من أصدره في أثبات الاراده الباطنه [١].

موقف المشرع المصري من النظريتين (تغليب الإرادة الظاهرة:-

لقد أخذ المشرع في التقنين القديم بنظرية الاراده الباطنه . وان كان في ظل التقنين المصري الجديد اعتد بالاراده الباطنه الا أنه أعمل الاراده الظاهرة في كثير من الاحوال في خصوص تحديد شروط العقد ونطاق تفسيره . ولنسوق العديد من الامثله التي غلب المشرع المصري فيها الاراده الظاهرة علي النحو التالي:-

لقد جاء نص الماده ٩١ مدني " أن التعبير عن الاراده ينتتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه لامن وقت صدوره ". ويترتب علي ذلك أن من وجه اليه ايجاب تقبله ثم عدل . ولكن القبول وصل الي الموجب قبل وصول العدول . يرتبط بهذا العقد علي اساس إرادته الظاهرة رغم تغير ارادته الباطنه في ذلك الوقت كذلك نص الماده ٩٢ " اذا مات من صدر عنه تعبير عن الارادة أو فقد اهليته قبل أن ينتج التعبير أثره . فان ذلك لايمنع من ترتيب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه وكذلك

---

(١) راجع د/ بهجت بدوى المرجع السابق ص ٥٨.

المـاده ١٢٠ مـدني أن الغلط لايبطل العـقـد اذا انفـرد به أحـد المتعاقدين. ولم يتصل به نية المتعاقد الآخر ولم يعلم به ولم يكن من السـهل عليـه أن يتبعـه . وفي تفسير العقد في الماده ١٥٠ /١مدني "لايجوز للقاضي أن ينحرف عن عباره العقد الواضحة عن طريق تفسيرها للتعرف علي ارادة المتعاقدين .ثم الماده ٢٤٤ مـدني " يجـوز لدائني المتـعـاقـدين والخلف الخـاص مـتي كـانوا حـسني النيـة أن يتـمـسكوا بالعـقـد الصـوري . كـمـا أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر . فاذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين .

الوقت الذي يعتد عن الاراده

لا ينتج التعبير عن الارادة أي أثر الا منذ وصوله الي علم من وجه اليه [1] ذلك أ ن التعبير بمجرد صدوره يكون له وجود فعلي[2]. ولكنه لايكتمل وجود القانوني الا اذا وصل الي علم الموجة اليه . فاذا كان التعبير عن الاراده ايجابا فانه لاينتج أثره القانوني الا إذا علم به من وجه اليه الايجاب اذ في تلك اللحظه ينتج أثره . آي يكون لمن وجه اليه الايجاب وعلم يه أن يصدر

---

(١) أنظر المادة ٩١ مدنى .

(٢) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ص ٣٥.

قبولا ينعقد به العقد . اما قبل ذلك فليس للايجاب وجود قانوني ويستطيع الموجب أن يعدل عنه . واما اذا كا ن التعبير عن الارادة قبولا . فانه لاينتج أثره الا اذا وصل الي علم الموجب . وآثر صدور القبول لايؤدي الي تمام العقد. لأن الأثر القانوني للقبول لايترتب الا من وقت علم الموجب به . ونظرا لأن العلم مسألة يتعذر اثباتها في كثير من الاحوال . فان القوانين تجعل وصول القبول قرينة علي العلم به . ولكنها قرينه تقبل اثبات العكس فيجوز اثبات من وصل اليه اعلان الاراده أنه لم يعلم به . وقد اشارت الماده ٩١ مدني الي هذه القرينه القانونية " ينتج التعبير عن الاراده أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه . ويعتبر وصول التعبير قرينه علي العلم به ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك ". ونري أن اثبات العكس في هذا النص أمرا عسيرا من الناحية العملية (١) .

اثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الاراده:

يثور التساؤل في هذا المقام عن ما أثر الموت وفقد الأهلية علي زوال أو بقاء التعبير عن الاراده ؟ وبمعني أوضح أنه قد يموت من صدر عنه الاراده أو فقد أهليته . قبل آن ينتج

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ٣٥.

التعبير عن الارادة أثره . فهل يؤدي ذلك الي زوال التعبير عن الاراده أم أنه يبقي ويمكن أن يترتب أثره بعد وفاة من صدر منه . ولقد أجاب علي هذا التساؤل الماده ٩٢ مدني "اذا مات من صدر منه التعبير عن الاراده آو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير عن الاراده أثره .فان ذلك لايمنع من ترتيب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه هذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل ". فاذا كان التعبير عن الاراده قبولا لايجاب ومات القابل قبل أن يصل القبول الي علم الموجب . فان ذلك لايمنع من اتمام العقد . الا اذا تبين من الظروف " أن شخص القابل كان محل اعتبار في التعاقد . واذا كان التعبير ايجابا ومات الموجب قبل وصول الايجاب الي علم القابل ثم صدر القبول . فان العقد لاينعقد . لأن القبول لن يصل الي من وجه اليه . وهو الموجب الذي مات قبل ذلك [١] ويوجد في الفقه [٢] من يفرق بين الوفاه وفقد الاهليه . ويري أن فقد الاهليه لمن وجه اليه التعبير عن الاراده بعد صدور هذا التعبير . لايترتب عليه سقوطه بل يظل قائما وينتج أثره حين

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ص ٦٨.
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ص ١٠١ هامش ٢.

اتصاله بعلم النائب القانوني عنه الا اذا ظهر العكس من التعبير أو من طبيعة المعامله .

تطابق الارادتين :-

من المعلوم سلفا أن قوام العقد هو تطابق الارادتين . أن يتم العقد بمجرد تبادل الارادتين . وانه يجب لقيام هذا التبادل أو التطابق صدور تعبير عن اراده شخص يتضمن عرضا وهذا هو " الايجاب " ويقابله تعبير عن ارادة شخص آخر ويسمي عندئذ " القبول " ومن ثم لابد من بيان الايجاب والقبول في العقد علي النحو التالي :-

١-الايجاب :-

الايجاب هو تعبير نهائي عن الارادة يتم به العقد اذا ما تلاقي مع القبول . أو كما عرفته محكمة النقض المصرية [١]. أنه " عرض يعبر به الشخص علي وجه جازم عن ارادته في ابرام عقد معين ". ومن ثم يتعين لاعتبار التعبير عن الاراده ايجابا أن يكون دالا علي ارادة نهائية . وأن يتضمن العناصر الأساسية للعقد علي أن الايجاب اذا صدر مباشرة في العقود اليومية ضئيلة

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن ٣٢٣ السنة ٣٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ١٥١٧.

القيمة[١]. هناك عقود يسبق الايجاب فيها مراحل تمهيدية أي مفاوضات . تبدأ في غالب الاحوال بدعوة إلي التعاقد أو مجرد اقتراح بشأن هذا العقد ولايترتب علي الدعوة الي التعاقد أو الموافقة علي مجرد اقتراح بانشاء العقد قيام العقد بين طرفيه . ويكون مناط التمييز بين الدعوه الي التعاقد والايجاب الذي يكون العقد هو النية التي تصاحب التعبير عن الاراده . هل يعتد بتوجيه التعبير لإبرام العقد اذا تلاقي معه القبول فيكون التعبير ايجابا . أم لم يقصد به سوي التمهيد للعقد فيكون مجرد اقتراح بانشاء العقد أو دعوة للتعاقد . واستخلاص هذه النيه موكول أمره الي قاضي الموضوع حسب ظروف كل حالة علي حده دون الخضوع في هذا الصدد لنطاق الرقابه القانونيه لمحكمة النقض[٢]. ويضاف الي ماسبق أن التمييز بين الايجاب والدعوه الي التعاقد له أهمية عملية . لأن الايجاب اذا صادفة قبول يتم به العقد . أما الدعوه الي التعاقد لايتم بها هذا العقد وأنه يجوز العدول عنها دون أية مسئوليه . الا اذا أمكن اعتبار العدول خطا يوجب التعويض طبقا لأحكام المسئولية التقصيرية عن الاعمال

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ص ٧٢.
(٢) راجع د/ بهجت بدوى ص ٦٢.

الشخصية . وقد قضت محكمة النقض المصرية [(١)] . "أن استخلاص الحكم بأسباب سائغة أن المكاتبات المتبادلة بين هيئة البترول وشركة ملاحة. لاتعدو أن تكون مرحلة تمهيدية لابرام عقد . وأن تصرفات سكرتير الهيئة التي توجبها عملية التعاقد . تعد انحرافا عن السلوك المألوف في الظروف التي صدرت فيها . وبالتالي خطا تقصيريا .لأن عدم انعقاد العقد لا أثر له في قيام المسئولية التقصيرية ". واذا لم يتضمن العرض العناصر الاساسية للعقد فانه لايعتبر ايجابا بل دعوه الي التعاقد . ومثال ذلك .الاعلان في الصحف اليومية عن بيع سيارة دون تحديد لثمنها . أو ارسال نشرات عن السلع . أو الاعلان عن طلب أشياء معينه حتي ولو تحدد سعرها

القوة الملزمة للايجاب "أثره":-

يقصد بالقوه الملزمه للايجاب أنه اذا صدر الايجاب وأصبح له وجود قانوني . فهل يجوز للموجب العدول عنه طالما لم يقترن به قبول أم أن الموجب يلتزم بالبقاء علي هذا الايجاب فترة معينه؟.

أجاب علي هذا التساؤل المادة٩٣ مدني أن الأصل في

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٨/٣/٢٨ الطعن رقم ٣٠٨ السنة ٢٠ مجموعة المكتب الفني ص ٦٤٢.

الايجاب بعد قيامه قانونا بوصوله الي من وجه اليه ألا يكون ملزما . بحيث يستطيع الموجب الرجوع فيه طالما لم يصادفه قبولا . وانما هناك استثناء علي هذا الأصل أن يكون الايجاب ملزما للموجب اذا عين ميعاد للقبول حين يلتزم بالبقاء علي ايجابه الي أن ينتهى هذا الميعاد علي أن تعيين الميعاد كما يجوز أن يكون صريحا يمكن بداهة أن يكون ضمنيا يستخلص من ظروف الحال . أو من طبيعة المعاملة .ففي المعاملات العقارية قد تفصح ظروف الحال عن الظروف نية الموجب الي ترك مدة معقولة لمن وجهة اليه ليعبر اذا شاء عن قبوله [(١)]. ويضرب البعض مثالا [(٢)]الحالات يتحدد فيها ضمنا ميعاد للقبول . التقدم بعطاء في مناقصة يعتبر ايجابا مقترنا بميعاد حتمى .هو الوقت اللازم لفتح مظاريف المناقصة ورسوم العطاء . فيعتبرالموجب ملزما بالبقاء علي ايجابه حتي ذلك الوقت . وفي التعاقد بالمراسلة يعتبر الموجب ملزما بالبقاء علي ايجابة الفتره اللازمه لوصول خطابه مضافا اليها الفتره التي يحتاجها للبت في هذا الايجاب . والفتره التي يستغرقها الخطاب الذي يحمل القبول وهذا ما أشار اليه نص الماده ٩٣ مدني مصري " اذا عين ميعادا للقبول

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى المرجع السابق ص ٧٥.

(٢) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ص ٣٩.

التزم الموجب بالبقاء علي ايجابه الي أن ينتقضي هذا الميعاد . وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة التعاقد . فاذا وجد ميعاد صريح أو ضمني للقبول التزم الموجب بالبقاء علي اجابه حتي انقضاء هذا الميعاد . وأساس الالتزام هنا الارادة المنفرده .آما اذا لم يحدد ميعاد للقبول فان الايجاب يكون غيرملزم ويكون للموجب العدول في أي وقت يشاء.

"سقوطالايجاب"

اذاصدر الايجاب وأصبح له وجود قانوني . فانه يسقط في الاحوال الآتيه :-

١-اذا عين ميعاد للقبول فانه يسقط بإنقضاء هذا الميعاد قبل أن يقترن به القبول .

٢- اذا رفض من وجه اليه الايجاب حتي ولو صدر الرفض قبل انقضاء الميعاد المحدد للقبول . ويعتبر رفضا للقبول الذي يتضمن تعديلا في الايجاب . (١)

٣- اذا كان التعاقد بين حاضرين وانقضي مجلس العقد قبل اقتران القبول به وينطبق هذا السقوط سواء إنقضى مجلس العقد

(١) انظر المادة ٩٦ مدنى مصرى .

حقيقة أو حكما كما لو انصرف المتعاقدين الي موضوع آخر غير موضوع العقد .

٤- اذا رجع فيه الموجب قبل أن يقترن به القبول .حتي ولو تم الرجوع قبل انقضاء مجلس العقد .

٢-القبول :-

يقصد بالقبول التعبير عن إرادة من وجه اليه الايجاب بالموتفقة علي هذا الايجاب وبه يتم العقد . ويجب أن يكون القبول باتا ومطابقا للايجاب مطابقة تامة . اما اذا اقترن بما يزيد في الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه . اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا . يكون للطرف الأخر أن يقبله أو يرفضه ولمن وجه اليه الايجاب الرفض أو القبول في حرية تامة . دون التعقيب علي ذلك . علي مشروعية رفض الايجاب اذا كانت بديهية لاتحتمل جدلا . ولايحتاج الي تدليل [١] في غير حالات الاجبار علي تبادل الوحدات السكنية ووتحديد وقت حالة وفاة المستأجر[٢] متي كان موقف الموجه اليه الايجاب سلبيا محضا فان الأمر يختلف اذا كان هذا الأخير قد استحث بالدعوه الي

---

(١) راجع د / محمود جمال الدين ذكى المرجع السابق ص ٧٧.

(٢) انظر المادتين ٨ ، ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى ايجار الأماكن .

التعاقد من الموجب حتي يتجدد حقه ويلتزم من ثم بالتعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية اذا اقترن الرفض بخطأ منه . بأن كان يتأسس علي أنه لايجعل منه الرجل العادي سببا لرفض ابرام العقد .لأنه بذلك يكون قد أخل بالثقه المشروعة التي ولدتها دعوته في نفس الموجب . اما اذا كانت طبيعة العقد أو ظروفه لاتبرر للموجب للدعوة نوعا من الثقه في ابرامه بقيت الحرية تامه للشخص الذي يدعو الي التعاقد ويكون له من ثم الرفض دون أن يسأل عن أسباب هذا الرفض .

تطابق الايجاب والقبول:

اذا صدر القبول وطابق الايجاب مطابقة تامه فان العقد يتم بين طرفيه . علي أن العقد لايتم بمجرد صدور القبول بحسبانه تعبيرا عن الارادة لاينتج أثره الا اذا اتصل بعلم الموجب . وان كان وصوله اليه قرينة علي علمه به . لذلك يجب ليقوم العقد أن يكون الايجاب قائما وقت صول القبول إلي الموجب . اما اذا كان الايجاب في هذا الوقت قد سقط بالرجوع فيه أو بانقضاء الميعاد المحدد له فلا تطابق للقبول ولاتمام للعقد . ومن زواية أخري يجب أن يكون الايجاب مطابقا للقبول مطابقة تامه لايكفي أن تقع علي العناصر الأساسية التي يحويها الايجاب .

بل يمتد ليشمل المسائل التفصيلية فعدم الموافقة علي احدي المسائل التي اشتمل عليها الايجاب ولو كانت ثانوية تعد مطابقه الايجاب للقبول ولايتم العقد . وقد أشار البعض في الفقه[١].

أنه يكفي أن يتضمن الايجاب عناصره الاساسية وليس بالضروره كل التفصيلات . فاذا طابقه القبول قام العقد رغم عدم مواجهة طرفيه لبقية المسائل التي يمكن تحديدها باعمال نصوص العقد وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية[٢] " اذا اتفق طرفا العقد علي جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد . ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها . اعتبر العقد قد تم . واذا قام بينهما خلاف علي المسائل التي أرجئ الارتفاق عليها كان لهما اللجؤ الي المحكمة المختصلة للفصل فيه" وتفصل المحكمة في هذا النزاع مسترشده بقواعد العرف وقواعد العدالة وطبيعة المعاملة وأحكام القانون . غير أن بعض الفقه [٣] يري أن تدخل القاضي تحت ستار تفسيره ارادة المتعاقدين يجعله يقوم بدور

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ص ٧٨.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ص ٧٨.
(٣) أنظر ريبير وبلانيول فقرة ١٢٩ .

ايجابي في تكميل العقد . وهذا ما يعوق اتمام العقد . غير أنه اذا جعل المتعاقدين الاتفاق علي المسائل التفصيلية شرطا لاتمام العقد . فان العقد لاينعقد الا اذا تم الاتفاق علي هذه المسائل وهذا هو ماورد في صحيح نص الماده ٩٥ مدني مصري.

تطبيقات خاصه بالقبول :"القبول في عقود الاذعان - القبول في عقود المزايدة"

أ- القبول في عقود الاذعان :

أصبحت الحياه الاقتصادية الحديثة تحوي عقودا تختلف في قوتها الاقتصادية عن مفهوم التقليدي للعقد الذي يتساوي فيه المركز القانوني لكل متعاقد أي أن المتعاقدين يكونان علي قدم المساواة وهذه العقود الحديثة يطلق عليها عقود الاذعان مثل عقود اشتراك الهاتف -الغاز -الكهرباء- التأمين -العمل -النقل وقد عبرت محكمة النقض المصرية [١] عن عقد الاذعان أنه عقد يتعلق بالسلع أو المرافق الضرورية . واحتكار الموجب لها احتكارا قانونيا أو فعليا . لقيامه بمنافسة محدده بشأنها مع صدور الايجاب للناس كافة وبشروط محددة ولمدة غير محدودة ". ولما كان الايجاب في هذا النوع من العقود يتمثل في تقديم

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٤/٣/١٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٥ ص ٤٩٢.

". ولما كان الايجاب في هذا النوع من العقود يتمثل في تقديم شروط مطبوعة ونهائية لاتقبل المناقشه فلن يكون المتعاقد الآخر أمامه سوي القبول أو الرفض . وهولايستطيع الرفض لأن الآمر يتعلق بسلطة أو خدمة لاضرورة ولاغناء عنا ولذلك سيكون مضطرا للقبول الذي يتمثل في صورة أذعان للشروط المقدمة من الموجب . وعلى ذلك ورد نص الماده ١٠٠ مدني مصري" القبول في عقود الاذعان يقتصر علي مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولايقبل المناقشة فيها ". وقد اختلف الفقه (١) في تحديد الطبيعة القانونيه لهذه العقود .فذهب البعض الي انها لاتعتبر عقودا بالمعني الفني وانما هي مراكز قانونية تنشآ بالارادة المنفرده للمحتكر ويفسر قواعد القانون . بينها يذهب البعض الآخر الي انها عقودا حقيقة وتخضع للقواعد العامة في العقود وأخذ القضاء المصري بالاتجاه الثاني واعتبر عقود الاذعان عقودا حقيقة وراعي في تطبيقها أنها شريعة المتعاقدين وان كان حقق للطرف المدعي بعض الحماية وأكد ذلك ايضا أن المشرع المصري وضع لها حماية تشريعية فعاله وذلك بوسيلتين هما (٢):-

---

(١) راجع د/ عبدالمنعم فرج الصدة ص ٧٨.

(٢) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ص ٤٧.

الوسيلة الأولي :- بخصوص سلطة القاضي في تفسير عقود الاذعان: (١)

أجاز المشرع في الماده ١٤٩ مدني للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها فهي تقرر أنه "اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ". لقد خرج المشرع علي القواعد العامة في العقد التي تجعله شريعة المتعاقدين والتي لايجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون وبالتالي جعل للقاضي في عقود الاذعان سلطة استثنائية لرفع الظلم عن المتعاقد المذعن .

الوسيلة الثانية : تفسير الشك في عقود الاذعان :-

لقد أكد المشرع المصري في الماده ١٥١ مدني "...ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ". خروجا علي القاعدة العامه "أن الشك يفسر لصالح المدين " فعقود الاذعان نظرا لما قد تحتويه من

---

(١) راجع د/ سعيد عبد السلام بحث مطول سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير الاذعان عام ١٩٩١ ص ١١٨.

شروط تعسفيه فجعل المشرع سلطة القاضي تفسير الغموض لصالح الطرف المذعن أي الطرف الضعيف في العقد سواء كان هو الدائن أو المدين . وذلك لأن الطرف الاقوي هو الذي وضع شروط التعاقد . وكان يستطيع أن يفرض علي المذعن شروطا واضحة لاغموض فيها . فاذا لم يفعل ذلك فانه يؤخذ بخطئه وتقصيره . ويتحمل هو تبعة هذا الغموض الذي تسبب فيه (١) .

ب- القبول في عقود المزاد :

قد يتم العقد بطريق المزايده وليس الممارسة . مثل بيع أموال المدين جبرا عنه . والبيع الذي تقوم به جهة الارادة وقد يكون البيع بالمزاد اختياريا مثل التاجر الذي يريد تصفية المتجر .و قد يتبادر الي الذهن للوهلة الاولي أن عرض الصفقة للمزاد هو الايجاب .وأن التقدم بالعطاء هو القبول . ولكن هذا الظن غير صحيح . لأن عرض الصفقة في المزاد هو دعوة الي التعاقد حتي ولو كان مصحوبا بتحديد ثمن . والتقدم بالعطاء استجابه لهذه الدعوه هو الايجاب . اما القبول فلا يتم الا ارساء المزاد علي مقدم العطاء . وفي هذا البيان أشار نص الماده ٩٩ مدني لايتم العقد فى المزايدات الابرسو المزاد . ويسقط العطاء بالعطاء الذى يزيد عليه ولو كان باطلا ".

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحى ص ٤٨.

وأيدت ذلك القول محكمة النقض المصرية [١] " أن افتتاح المزايده ولو علي أساس سعر معين لا يعتبر ايجابا . وانما الايجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء اما القبول فلا يتم الا بارساء المزاد ".

الايجاب عن طريق التقديم بعطاء ملزم لمن قدمه للفتره التي تستخلص من الظروف وهي المدة بين التقدم بعطاء والتقدم بعطاء آخر يزيد عليه . واذا تقدم شخص آخر بعطاء سقط العطاء الاول حتي ولو كان العطاء الثاني باطلا أو قابلا للابطال . واذا اشترط من دعا المزاد أن له الحق في قبول أو رفض أي عطاء فلا يتم ارساء المزاد الا بعد أن يستعمل من دعا الي المزاد هذا الحق . وقد قضت محكمة النقض المصرية [٢] . بأن بيع أملاك الحكومه الخاصه في المزاد لايتم ركن القبول فيها الا بالتصديق علي البيع من وزاره المالية . ولا يعتبر رسو المزاد وايداع مبلغ التأمين الا ايجابا صادرا من الراسي عليه المزاد .

---

(١) راجع نقض مدنى مصرى ١٩٦٦/٣/٢٨ الطعن ٣٢ السنة ٣١ق مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ٧٣٠.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٨٩/١٠/٢٩ الطعن ٢٤٧ السنة ٣٤ ق مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص ١٢٨٧.

صور خاص للتراضي :- (التعاقد بالمراسله -الوعد بالتعاقد التعاقد بالعربون - النيابه في التعاقد).

أ-التعاقد بين غائبين أو بالمراسلة:

قد لايجمع العاقدان مجلس واحد حقيقة أو حكما [١]. حيئذ يكون التعاقدين غائبين لأن كل منهما بعيد عن الآخر . فان التعاقد بينهما بالمراسلات البرقيه أو البريد عن طريق رسول. وبالحتم تمر فترة زمنيه بين صدور التعبير عن الارادة ووصوله الي علم من وجه اليه .وهنا يثور البحث عن مسألة هامه وهي ما وقت زمان العقد ومكانه ؟ لقد آثار هذا التساؤل آراء الفقهاء . واحتدم الخلاف بينهم في صورة أربع نظريات مختلفه هي :- نظرية اعلان القبول - نظرية تصدير القبول نظرية استلام االقبول - نظرية إعلان القبول وسوف نعرض تباعا لهذا النظريات الاربع علي النحو التالي :-

١- نظرية اعلان القبول :

يري انصار هذا الاتجاه أنه بمجرد التوافق بين الارادتين واعلان الطرف الآخر قبوله للايجاب يتم العقد . فهذا القبول يتحقق بتطابق الارادتين الذي يشترطه القانون لنشوء العقد . وهذا هو ما تتطلبه الحياة التجارية من سرعة في المعاملات . لكن

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى المرجع السابق ص ٨٦.

يعـيب هذه النظرية. أن الارادة لاتنتج أثرها الامن وقت العلم بهـا .كما أن اعلان القبول أمر يتعلق بالقبول وحده . ويمكن انكاره اذا اراد الرجوع فيه . ويصعب علي الموجب اثبات ذلك .

٢-نظرية تصدير القبول:

مقتضي هذه النظرية أن القبول يصيير نهائيا ويتم به العقد عندما يخرج القبول من حوزة صاحبه بتصديره أي وضعه في صندوق البريد أو تسليم البرقيـة الي مكتب البرق . أو انطلاق الرسـول به ولكن هذه النظرية معيبه في أساسها ذلك أن الرسالة والبرقية ملك للراسل ويستـطيع بالتـالي استـرداد ها طالمـا لم تصل الي علم المرسل اليه . ولن يفيد تصدير القبول شئ يذكر طالما أن الإعـلان قد أصبح نهائيا .

٣- نظرية استلام القبول:-

ان القبول لايمكن نهائيـا الااذا تسلمه الموجب . اذ في هذا الوقت فقط ان القابل لايستطيع فيـه استرداد قبوله وهذا هو وقت تمام العقد .وفي واقع الامر أن الفقه يعيب [1]علي هذه النظرية بالقول انه اذا كان المقصود باستلام القبول عدم امكان القابل من استرداد القبول . فانه ينطبق عليها انتقادات نظرية التصدير . واذا

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ص ٥١.

كان يقصد بها أن استلام القبول يكون قرينة علي العلم به فان النظرية تختلط بنظرية العلم بالقبول .

٤- نظرية العلم :-

تقوم هذه النظرية علي اساس أن العقد يتم بمجرد علم الموجب بالقبول .أي أن وصول القبول الي علم الموجب يعتبر قرينة علي العلم به ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس . وقد أخذ المشرع المصري بتلك النظرية في عجز الماده ٩٧ مدني " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول . مالم يوجد اتفاق أو نص يغير ذلك . ويفترض علم الموجب بالقبول .مالم يوجد اتفاق أو نص يغير ذلك . ويفترض في ان الموجب قد علم يالقبول في المكان وفي الزمان الذى وصل اليه فيهما هذا القبول ".

وتعتبر هذه النظرية تطبيق صحيح لما أورده نص الماده ٩١ مدني " ينتج التعبير عن الاراده أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة علي العلم به مالم يقم الدليل علي عكس ذلك ". هذا ويلاحظ أن التعاقد بالتليفون يعتبر تعاقدا بين حاضرين فيما يتعلق بزمان العقد . اذ لا توجد فتره زمنيه بين صدور القبول وعلم الموجب . اما بخصوص مكان

انعقاده يكون بين غائبين . أي أن العقد يتم في المكان الذي يوجد فيه الموجب . باعتبار أنه المكان الذي علم فيه بالقبول . وفي تأييد قضائي للتعاقد بالمراسلة أو بين غائبين قضت محكمة النقض المصرية (١) " أنه لايلزم لانعقاد العقد اثبات الايجاب والقبول في محرر واحد بهما . بل يجوز استخلاص ذلك في تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين ".

ب- الوعد بالتعاقد: "العقد الابتدائي"

ماهية الوعد التعاقد :-

الوعد بالتعاقد هو اتفاق يتم بارادتين متوافقين بمقتضاه يعد الواعد الموعود له - بابرام عقد في المستقبل اذا أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال مدة معينة . ويتقيد الواعد بهذا الاتفاق دون أن يتقيد الموعود له بشئ. ومن ثم فهو عقد كامل ركناه الايجاب والقبول ولكن لاتترتب آثار العقد النهائي الا اذا أظهر الموعود له رغبته في خلال مدة معينه . ويؤيد هذا النظر ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية فقضت في بعض أحكامها(٢) "

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٦٦/١/١١ مجموعة المكتب الفنى الطعن ٣١٠ السنة ٣٧ ص ٧١.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٨٠/٣/٢٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣١ ص ٦١٨ رقم ١٢١.

مـؤدي نص المـادتين ٩٥ . ١٠١ / ١مـدني أنه متي اتفق الواعـد والموعود علي جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به وعلي المده التي يجب فيها علي الموعود له اظهـار رغبتـه في الشراء ينعقد العقد بمجرد اعلان هذه الرغبه خلال مدة الوعد . ولايوثر في صحة انعقاده ونفاذه قيام الخلاف بين الطرفين حول تنفيذ أي منها لالتزامات عليه لأيهما في النهاتة يخضعان فيما اختلفا فيه لآحكام القانون الواردة في هذا الخصوص ".

شروطه

من خلال التعريف السابق لشروط الوعد بالتعاقد يشترط فيه ما يلي:-

١- يجب أن تتوافر في الوعد بالتعاقد الشروط الجوهرية الواجبة لاتمام العقد النهائي والا كان الوعد بالتعاقد بيع فيجب توافر الشروط الجوهرية الخاصة بتعيين المبيع تعيينا كافيا للجهاله . وتحديد الثمن بشكل قاطع .

٢- وجود مدة محدده يجب خلالها ابداء الرغبه النهائية لابرام العقد . ولايشترط ان يكون تعيين هذه المده صراحة وانما يمكن أن يكون تحديدها ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد وملابساته

المحيطه بالوعد بالتعاقد .

٣- مراعاة الشكل الذي أوجبه القانون في العقد المراد ابرامه فاذا كان العقد شكليا مثل الهبه والرهن الرسمي وجب مراعاة الشكلية اللازمه للانعقاد[١].

أثاره :

في الواقع يترتب علي تمام الوعد بالتعاقد آثار معينه يجب ابرازها سواء قبل اظهار الموعد له الرغبه أم بعدها .

١- فترة قبل ابداء الرغبة:

قبل ابراز له رغبته في اتمام العقد ليس علي الواعد سوي الالتزام بابرام العقد الموعود به فاذا كان محل الوعد بيعا . التزم الواعد بألا يبيع الشئ الموعود به الي غير الموعود له قبل انقضاء المدة المحددة لابراز رغبة الموعود له ولكن الواعد لايكون ملزما بنقل الملكية أو التسليم . ولايلتزم الموعود بدفع الثمن .

---

(١) انظر المادة ٢/١٠١ مدنى " ... وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين - فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام العقد " .

٢-بعدابدا ءالرغبة:

اذا ابدي له الرغبة النهائية في اتمام العقد خلال المدة المحددة فان العقد ينعقد دون حاجة الي رضاء جديد من الواعد - واذا امتنع الواعد عن تنفيذ ما يرتبه العقد من التزامات كان للموعود له اللجوء الي القضاء لاستصدار حكم من القاضي . وقد أشارت الي ذلك الماده ١٠٢ مدني " اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل . وقاضاه الآخر طالبا تنفيذ الوعد . وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متي حاز قوة الأمر المقضي مقام العقد ".

العقدالابتدائي:-

قد يكون الوعد بالتعاقد ملزما للجانبين : وهنا يسمي بالعقد الابتدائي . وهذا هو مادرج عليه العامه في المعاملات . فقد يرغب شخص في شراء منزل ثم يتفق مع مالكه علي ذلك . ويبرمان عقد بيع ابتدائي يكون الاتفاق فيه علي جميع شروط البيع مع تحديد أجل معين لابرام العقد النهائي. والغرض من هذا الأجل قد يكون اعطاء فرصة للمشتري لتدبير الثمن وبحث حالة المبيع للوقوف علي خلوه من أي حق عيني تبعي أو خضوعه للحراسه . أو اعطاء فرصه للمالك البائع لاعداد المستندات الازمه لنقل الملكية

فاذا حل الأجل المحدد لابرام العقد النهائي . وحرر هذا العقد . أصبح هو المرجع في تحديد حقوق والترامات الطرفين . ولاعبرة بما يكون مخالفا لذلك في العقد الابتدائي واذا امتنع أحد الطرفين عن ابرام العقد النهائي . كان للآ خر أن يلجأ إلي القضاء لاستصدار حكم بصحة التعاقد .

ب- التعاقد مع دفع العربون : [١]

ماهية العربون ودلالته:

يقصد بالعربون أنه مبلغ من المال يقوم أحد المتعاقدين بأدائه للمتعاقد الآخر معه وقت ابرام العقد . ويكون الغرض منه اما اعطاء الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن العقد بدفع هذا العربون للآخر . واما تأكيد قيام العقد عن طريق تنفيذ جزء منه [٢] ويتضح مما سبق أن للعربون احدي دلالتين . اما دلالة البت . حين يقصد المتعاقدين تنفيذ جزء من الالتزام الناشئ عن العقد . وتكون اراده المتعاقد هي المرجع في ترجيح احدي الدلالتين .فاذا تبين من الظروف انهما قصدا دفع العربون لتأكيد العقد . اعتد القاضي بتلك الارادة واعتبر العربون جزء من الثمن

---

(١) راجع د/ مصطفى عدوى بحث مطول فى العربون ١٩٩٠ ص ١٣.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٩٢.

اذا كان العقد بيعا[١] ودلالة العدول اذا تبين أنهما قصدا يدفع العربون أن يكون لكل منهما الحق في العدول أخذ القاضي في هذه الحالة بتلك الدلالة . وقد إختلف التشريعات الوضعية في الأخذ بتلك الدلالة أو الآخري. فيأخذ التشريع الفرنسي بدلالة العدول . ويأ خذ التشريع السويسري بدلا لة البت . والتشريع العراقي بدلالة البت . اما التشريعات السورية والليبية والمصرية تأخذ بدلالة العدول . وفي هذا تأكيد ا لما ورد في الماده ١٠٣ مدني مصري التي جاء نصها " دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه الا اذا قضي الاتفاق بغير ذلك . فاذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رد ضعفه .هذا ولو لم يترتب علي العدول أي ضرر". ويفهم من ذلك لن العدول في هذه الحاله استعمال لحق ناشئ عن العقد . والعربون مقابل لاستعماله . وليس اخلال بالالتزام .ليكون العربون شرطا جزائيا يجب لاستحقاقه وقوع ضرر [٢].

---

(١) راجع د / السنهوري السويط جـ ١ ص ٢٧٧ هامش ٣.
(٢) راجع د/ السنهوري الوسيط ص ٢٧٧ هامش ٣.

ج- النيابه في التعاقد :

ماهيةالنيابه وآهميتها القانونية [١]

يقصد بالنيابه في التعاقد حلول ارادة النائب محل اراده الأصيل في ابرام تصرف قانوني .وعلي الخصوص في ابرام عقد مع انصراف الآثار القانونية لهذا التصرف إلي ذمة الأصيل كما لو كانت ارادة هذا الأخير ساهمت في تكوينه . ويذهب البعض الي القول [٢] بأن نظرية النيابة في التعاقد تتضمن انحراف عن المبادئ العامه في نسبية أثر العقد التي تمنع انصرافه الي غير من كان طرفا فيه . اذ يقوم العقد بارادة النائب ويتصرف أثره الي الأصيل . وتتضح أهمية النيابه في التعاقد عندما لايكون الأصيل قادرا علي القيام بالمعاملات المالية نظرا لضيق الوقت أو يعد المسافه أو كان عديم الاهلية أو ناقصها . فهنا تظهر مهمة النائب عنه . فيقوم النائب عن الأصيل بالقيام بتلك المعاملات . وبفضل النيابه في التعاقد تدار الكثير من الأعمال التجارية . اذ بموجب النيابه تدار الفروع المتعدده لحساب التاجر . وينجز الوسطاء في اماكن شتي الصفقات الكثيره لمن بعث بهم .

---

(١) راجع د/ بهجت بدوى نظرية النيابة فقرة ٤٩ . د/ عبدالمنعم فرج الصده فقرة ١٢٠ ، د/ سليمان مرقص فقرة ١٠٣.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٩٨.

النيابةوالوكالة:-

ذهب الفقه الحديث الي أن هناك فرق واضح بين الوكالة والنيابه. فاذا كانت الوكالة مصدرا للنيابه فانها أوسع نطاقا منها وتبقي اذا قامت معها متميزه عنها . ذلك أن الوكالة قد تكون ظاهرة فتضمن نيابة الوكيل عن موكله بحيث تترتب آثار العقد الذي يبرمه الوكيل مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر . وقد تكون مستترة لاتتضمن تلك النيابه . تظل أثار هذا العقد مقصورة علي طرفيه . ويتعين لانتقالها الي الموكل قيام عقد جديد يكون هذا الأخير طرفا فيه سواء أكان الوكيل اسما مستعارا أخفي وكالته عن المتعاقد معه أم كان وكيلا بالعموله يحترف اعمال الوكاله. ولايمكن من ثم للمتعاقد معه أن يجهل صفته . وتبقي النيابه متميزه عن الوكاله حتي اذا قامتا معا . بأن كانت هذه مصدر لتلك وثبت تبعا لهذا الوكيل وصف النائب . اذ تمثل كل منهما وجها مختلفا لعلاقة قانونية واحدة . فتمثل الوكالة الوجه الداخلي للعلاقة بين الموكل والوكيل . وتشمل النيابه الوجه الخارجي للعلاقه أو صفة هذين الطرفين ايذاء الغير .

انواع النيابه في التعاقد [١]

يمكن تقسيم النيابه من حيث مصدرها أي مصدر سلطة النائب الي :نيابة قانونية- نيابة قضائية- نيابة اتفاقية. فالنيابة القانونية تجد مصدرها في نص القانون مباشرة .اذ القانون هو الذي يخلع علي النائب صفته كنائب مثل نيابة الولي والوصي والدائن الذي يستعمل حقوق مدنية. والنيابه القضائية مصدرها حكم يصدر من القاضي ينصب الشخص نائبا عن الغير مثل نيابة الوصي والقيم والحارس القضائي والسنديك في نظام الافلاس .اما النيابة الاتفاقية . فكما يتضح من تسميتها أن مصدرها الاتفاق وهي حالة الوكاله . ويذهب البعض [٢] الي القول أنه يمكن الجمع بين النيابتين القانونية والقضائية فى مصدر واحد هو نص القانون فهو الذي يحدد سلطة النائب فيهما . اما النيابه الاتفاقية يحددها الاتفاق . ويترتب علي ذلك أن الفقه المصري في عمومه يقابل بين النيابتين القانونية والاتفاقية جاعلا التمييز بينهما في المهمة التي تحدد سلطات النائب لافي تلك التي تعينه.

---

(١) راجع د/ حمدى عبدالرحمن أحمد نظرية العقد سنة ١٩٩٣ ص ١٣٢.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٩٧.

شروط النيابه في التعاقد:

يجب لتحقق النيابه في التعاقد توافرشروط ثلاثه هي :-

حلول اراده النائب محل الاصيل - تمام العقد باسم الاصيل لاباسم النائب - عدم تجاوز حدود النيابه . ويقع عبء اثبات توافر هذه الشروط علي عاتق من يدعي وجود النيابة في التعاقد[١] وسوف فيما يلي لهذه الشروط علي النحو التالي:-

١- حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل :-

يجب أن تحل ارادة النائب محل اراده الأصيل . ولايقتصر النائب من ثم علي نقل ارادة هذا الأخير والا كان رسولا [٢]. وليس نائبا . والرسول هو بالتالي مجرد شخص يقوم بعمل مادي يحمل للطرف الآخر تعبير من أرسله . هذا بخلاف النائب الذي تتوافر لديه ارادة التصرف القانوني .ويترتب علي هذه التفرقه بين النائب والرسول . أن العبره في التعاقد في حالة النيابه بارادة النائب سواء بالنسبه لانعدام الأهلية أو نقصها أو ما يلحق بارادته من عيوب . وذلك لأن بارادته يتعاقد . اما الرسول فلا عبره بارادته لأنها لاتدخل في تكوين العقد ويجوز بالتالي أن يكون الرسول عديم

---

(١) راجع د/ سعيد عبدالسلام موجز أصول الاثبات عام ١٩٩٢ ص ١١٠.

(٢) راجع د/ حمدى عبدالرحمن أحمد ، المرجع السابق ص ١٣٦.

الأهليـة أو ناقصـها .اذ يكفي في قيـامه بمـا اسنده اليـه أن يكون قـادرا علي اتيان العـمل المـادي وهو نقل التـعبـيـر عن اراده من أرسله كـمـا أنه اذا تم العـقـد بطريق النيـابة كـان شخص النائب لاشخص الأصيـل هو محل الاعتبار عند البحث في عيـوب الارادة . ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا يتصرف طبقا لتعليمات معينه صدرت له من الموكل . فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب بظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها وأيضا يعتبر التعاقد بين النائب والمتعاقد الآخر هو تعاقد بين حاضرين اذا جمعها مجلس عقد واحد .لأن كل منها يتعاقد بارادته . الاول يحلها محل ارادة الأصيل والثاني يتعاقد أصالة عن نفسه . اما في حالة الرسول ففي كل الأحوال يعتبر بين غائبين حتي ولو اجتمع الرسـول والمرسل اليه فى دور ارادي يعتـد به من حيث الأثر في تكوين العـقـد ولكن المشـرع يشـترط في النيـابه القـانونيـه شروط معينه [١] وعلي الأخص الأهليـة الكاملة ليكون خليـقـا برعـاية مصالح الأصيل الذي يكون عديم أو ناقص الأهلية.

٢-تمام العقد باسم الأصيل لا باسم النائب :-

يجب أن يتم التعاقد باسم الأصيل ولحسابه [٢] بحيث تتجه

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى المرجع السابق ص ١٠١.

(٢) راجع د/ عبدالمنعم فرج الصده المرجع السابق ص ١٢١.

الارادة المشتركة للعاقدين الي اضافة الحقوق والالتزامات الي الأصيل . ويظهر النائب بصفته بآن يقدم في العقود الهامة مايثبت نيابته. ويذهب البعض في الفقه الي القول بآن القول بأن هذه الصفة قد تفهم ضمنا من الظروف .كالخادم يشتري السلع اليومية لمخدومه أو المستخدم الذى يتعاقد نيابة عن صاحب العمل الذي يستخدمه .اما اذا لم يظهر النائب هذه الصفه وتعاقد باسمه .فانه يكون وكيلا عن الأصيل . وتظل وكالته حبيسة العلاقة بينه وبين الأصيل . ومع ذلك فان النائب الذي يبرز العقد أن يظهر بتلك الصفة لتنصرف آثاره الي الأصيل في حالتين استثناء علي الأصيل :

١-الحالةالأولي:-

اذ كان من المفروض حتما أن يعلم العاقد الآخر بوجود النيابة [١]. والعلم بصفة النائب غير العلم بصفة الوكيل فيجب أن يعلم المتعاقد الاخر أنه يتعاقد مع النائب الذي يعمل باسم الأصيل ولحسابة.

٢-الحالةالثانية:

اذا كان يستوي عند المتعاقد الآخر أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب

(١) أنظر المادة ١٠٦ مدنى .

٣-عدم تجاوز حدود النيابه:-

اذا تجاوز النائب حدود نيابته فانه في حدود ما تجاوز فيه يفقد صفته . وبالتالي لاينصرف أثر نيابته إلى الأصيل . ولاتثور مشكلة كبيرة في تطبيق هذا المبدأ علي حالات النيابه القانونية. حيث أن القانون هو الذي يحدد نطاق النيابه ولذلك فان من يتعامل مع النائب القانوني لايستطيع أن يحتج بجهله بحدود نيابته . لإن مثل هذا الادعاء يحمل في طياته تمسكا بالجهل بالقانون . وهو غير جائز . وتطبيقا لذلك فان العقد الذي يبرمه الموصي متجاوزا فيه سلطته القانونيه لاقيمه له بالنسبة االمشمول بالوصاية.

وكذلك الحال بالنسبة للقيم والحارس القضائي .اذ يحدد القانون نطاق نيابته في اعمال الادارة فقط دون أعمال التصرف . في حين صدر حكم من القاضي يتعيين شخص معين حارسا محددا له ما يجريه ضمن أعمال الادارة . اما في النيابه الاتفاقية فكثير من المشاكل العملية تثار بشأنها .اذ المفروض أن النائب يتصرف في حدود مهمته واذا تجاوزها فقد صفة النيابة. فلا يرتب العقد أثره في ذمة الأصيل سواء كان العاقد الآخر يعلم بهذه المجاوزه . أو كان يجهلها . ويجوز للأصيل أن يقرالعقد الذي تجاوز به النائب

سلطتـه اذا كـان أهلا لابرامـه فـينصـرف أثره في مـواجـهـتـة منذ انعقاده . ويعتبر كما لو كان قد تم في حدود تلك السلطة . ويعتبر هذا الإقرار عملا قانونيا من جانب واحد وقد يكون صريحا .كما يجـوز اذا لم يتـعلق بعـقـد رسـمي أن يكون ضـمنيـا .ورغـم ذلك ينصرف أثر العقد الي الأصيل استثناء من الأصل العام في حالتين هما :-

أ-الحالةالأولي:

اذا كـان النائب ومن تعاقـد معـه يجهلان مـعا وقت العـقد انقضاء النيابه. كأن تنقضي النيابه بعزل النائب وموت الأصيل . ويتعـاقد النائب بغير أن يعلم هو والعاقـد الآخر هذه الواقـعة أو تلك[١] فينعرف أثر العقد الي الأصيل أو خلفائه. وذلك حماية للثقة المشروعة في التعامل . وعملا علي استقرار المعاملات القانونية.

ب-الحالةالثانية:-

اذا خرج الوكـيل عن حدود وكـالته في النيابة الاتفاقـيـة حين كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب مـعـهـا الظن بأن المـوكل مـاوكل الا ليـوافق علي هذا التـصـرف [٢]

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ص ١٠٣.
(٢) أنظر المادة ٧٠٣ مدنى .

ويتأسس انصراف العقد علي هذا الوجه الي الموكل رغم تجاوز حدود الوكالة علي نيته المفترضة.

تعاقد الشخص مع نفسه:-

اذا كان النائب يستطيع أن يبرم العقد نيابة عن أحد المتعاقدين علي النحو الذي تعرضنا له سلفا . فيثور تساؤل هام في هذا المقام وهو. هل يمكن أن يبرم شخص عقدا بارادته وحده باعتباره نائبا عن طرفي العقد أو باعتباره نائبا عن أحدهما وأصيلا عن نفسه؟.

اختلفت التشريعات الوضعية[١] بين مجيز ومانع لجواز تعاقد الشخص معه نفسه . فالبعض منها يحرم تعاقد الشخص مع نفسه سواء لحساب نفسه.كما لو كان موكلا في البيع الشئ فاشتراه لمن وكله في الشراء . وتعزي الحكمه من هذا المانع الي اعتبار عملي وليس فني [٢]وهو أن الشخص يتحكم بارادته في مصلحتين متعارضتين وقد يرجح أحدهما علي الأخري خصوصا اذا كان أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر .بينما تذهب بعض القوانين الآخري الي اباحة تعاقد الشخص مع نفسه وذلك استنادا

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ٦٥.
(٢) راجع د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ٩٥ .

الي وجود عقد حقيقي مشتملا علي الايجاب والقبول. ويذهب البعض[1] الي القول أنه نظرا لكثرة الاستثناءات التي أدخلتها هذه التشريعات فان الفارق بينهما يعدو ضئيلا . هذا وقد أخذت معظم القوانين المدنية العربية بمبدأ تحريم تعاقد الشخص مع نفسه ولكنها أباحت ذلك في ظل ظروف استثنائية . ولذلك نجد أن المشرع المصري في عجز الماده١٠٨ مدني نص علي أنه"لايجوز للشخص أن يتعاقدمع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو آم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل . علي آنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد[1].كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة. ومن أمثلة ماأجازه القانون الماده ١٤ من قانون الولاية علي المال للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر آلا اذا نص القانون علي غير ذلك . وفي نطاق قواعد التجارة"يجوز للوكيل بالعموله أن يتعاقد مع نفسه لحساب طرفي العقد الذي يجريه ". هذا ويلاحظ أن تحريم التعاقد للشخص مع نفسه في حالة الوكالة يعود الي قرينة مؤادها آن من وكل غيره في إبرام تصرف. لم يقصد التوسع في سلطة النائب لدرجة يتيح له أن يتعاقد مع نفسه. لما قد يكون في ذلك من خطر علي مصلحة

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى - المرجع السابق ص ٦٦.

الآصيل بالتصريح للنائب أن يبيع لنفسه . كما يجوز له أن يجيز التصرف الذي ابرمه النائب فتنصرف آثاره حينئذ الي الأصيل.

آثارالنيابة:-

يجب التفرقه بين ثلاث علاقات قانونية هي:-

العلاقه بين النائب والأصيل . العلاقه بين النائب والغير - العلاقه بين الأصيل والغير وذلك علي النحو التالي:-

١- العلاقه بين النائب والاصيل :-

يتحدد مضمون هذه العلاقه طبقا للمصدر الذي أنشأ هذه النيابه. ففي النيابه القانونيه تتحدد العلاقه طبقا لنصوص القانون . وفي النيابه القضائية يتحدد مضمونها طبقا لمنطوق الحكم الصادر من القاضي بتعيين النائب وتحديد مهمته وأجره . والنيابه الاتفاقيه يحدد مضمونها الاتفاق أي الوكالة. ويفترض ان الوكالة بأجر اذا اسندت الي شخص مهنته النيابه. عن الغير في الأعمال القانونية مثل عمل المحامي أوالمستشار القانوني . مع ملاحظة أن الماده ٧٠٩ مدني تعتبر الكفالة بدون أجر مالم يتفق علي غير ذلك صراحة أو ضمنا . وفي جميع الأحوال فان علي النائب دائما الالتزام

بتقديم حساب عن أعمال نيابيه[1] كما يلتزم بآن يؤدي النيابة بمقتضي الأمانة الواجبة بما يحقق مصالح الأصيل .

٣- العلاقة بين النائب والغير :-

سبق أن اسلفنا أن النائب يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه ولذلك فلا يستطيع النائب أن يطالب من تعاقد معه بما رتبه العقد من حقوق .كما لايستطيع هذا الأخير أن يطالب شخصيا بأي من الالتزامات المتي تترتب علي العقد . بل يرجع علي الأصيل. الا اذا كانت النيابه شاملة أيضا تنفيذ العقد .وذهبت محكمة النقض الفرنسيه الي أن ذلك لايحول دون مسئولية الوكيل عن خطأ الشخص في تنفيذ الوكالة [2] وهي مسئولية تقوم لمصلحة المضرور سواء كان المضرور هو الغير أو كان الاصيل ذاته.

٣-العلاقه ما بين الأصيل والغير :-

لما كان قوام النيابه في التعاقد هو نشوء العلاقة بين الأصيل والغير .فان الاصيل هوالطرف الأصيل في العقد في مواجهة هذا

---

(١) انظر المواد ١٦ ، ٤٥ ، ٥٠ ، ٧٨ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال .

(٢) أنظر نقض مدنى فرنسى ١٩٧١/٣/٢٦ الأسبوع القانونى ١٩٧١ - ٢ -١٦٧٦٢ مشار اليه د/ حمدى عبدالرحمن ص ٩٥٥ هامش ١٩ . ويذهب صاحب هذا الرأى الى أنه اذا ارتكب الوكيل خطأ بتعليمات الأصيل فانهما يسألان معا مسئولية تضامنية قبل الغير المضرور هامش (٢) . ص ١٥٥ ذات المرجع السابق .

المتعاقد الآخر "الغير" وهذا ما أبرزه نص الماده ١٠٥ مدني"... فـان مـا ينشـآ عن هذا العـقـد من حـقـوق والتـزامـات يضـاف الي الأصـيل"ويفـهم من هذا النص أن الأصـيل هو الذي يتلقي الملكيـة الناشئة عن العقد وفق شروط انتقالها القانونية . وهو الذي يصبح دائنا أو مدينا .كما أن للأصيل أن يقيم الدعاوي الناشئة عن العقد باسمه مباشرة ضد الطرف الآخر في العقد . ويعتبر التاريخ العرفي للعقد حجة علي الموكل باعتباره أصيلا فيه.

المطلب الثاني

صحـة التراضي

تمهيد:-

لمـا كـانت الارادة هي المـحور الأساسي لمبني العـقـد من ثم يجب أن تكون هذه الارادة خـاليـة من الشـوائب . أي يجب أن تكون الارادة صـادرة عن بينه واختيـار . وقـد نظم المشـرع المصـري في صلب قواعد التقنين المدني عيوب الارادة [١] وهي أربعـة : الغلط -الاكراه -التـدليس -الاستـغلال وذلك في المـواد من١:-١٢٠ حتي ١٣٠ مـدني . وتعرض في المـواد من ١٢٠ حتي١٢٤ مـدني لأحكام الغلط في الواقع والغلط في القـانون.كما نعرض في الماده من ١٢٥ حـتي ١٢٧ لأحكام التـدليس .وفي المـادتيـن ١٢٧ ، ١٢٨ مـدني للاكراه ثم نعرض في المـادتين ١٢٩ ، ١٣٠ مدني لعيب الاستـغلال الذي يؤدي الي خلل في الأداءات المـتـقـابلة للمتـعـاقـدين . وسـوف نعرض فيما يلي لهذه العيوب علي النحو التالي:-

أولا: الغلط

ماهيةالغلطوشروطه :-

يقصد بالغلط أنه وهم يقوم في النـفس فـيحمل صاحبها علي

---

(١) راجع د/ حمدى عبدالرحمن أحمد المرجع السابق الاتجاه الحديث فى الرضا المستنير .

تصور غير الحقيقة .أي تصور المتعاقد أمر علي غير حقيقه ومثل ذلك أن يقدم رب العمل علي التعاقد مع العامل معتقدا إنه مؤهل فنيا . ثم يتضح أن العامل ليس كذلك أو من يقدم علي شراء ساعة علي أنها من الذهب الخالص ثم يتبين انها من النحاس المطلي بماء الذهب [١] أو كما عبر عنه البعض [٢] أنه اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه الي التعاقد . فالغلط يفترض أن أحد المتعاقدين أعتقد واقعة معينة علي خلاف الحقيقة ولولا هذا الاعتقاد الخاطئ أي كان يعلم بالحقيقة لما اقدم علي ابرام العقد . ومن ثم فان الغلط المقصود في صدر البحث هو الذي يعيب الارادة فقط دون الغلط المانع من انعقاد العقد . وبالتالي يخرج من نطاق هذا البحث الغلط في ماهيته العقد [٣] كما لو سلم شخص آخر شيئا علي أنه عارية فتسلمه هذا الآخر علي أنه هبه . وقد يقع الغلط في ذاتية المحل كما لو باع شخص أحد حصانين يملكهما فقبل المشتري معتقدا أنه يشتري الحصان الآخر .وقد يقع أيضا الغلط في وجود سبب الالتزام .كما لو اتفق الورثة مع الموصي له علي اعطائه مالا من التركه بدلا عن العين الموصي بها.ثم تبين أن

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى منصور – مصادر الالتزام عام ١٩٧٣ بند ٣٥.
(٢) راجع د/ البدراوى – المرجع السابق ص ٢٤٤.
(٣) راجع د/ عبدالودود يحيى – المرجع السابق ص ٨٨.

الموصي كان قد رجع في وصيته في مثل هذه الحالات لايتم العقد لعدم توافق الارادتين علي ماهية العقد أو المحل أو السبب فهذه عناصر لاشأن لها بوجود أو صحة التراضي بل يترتب عليها بطلان العقد لفتره أحد شروط الانعقاد .أما الغلط في صحة الارادة هو الذي يقع العقد به قابلا للابطال ولكن نلاحظ في الحياة العملية أن الأمور التي يقع فيها الغلط كثيرة ومتفاوتة الأهمية . ولايقبل منطقا أن نجعل العقود علي اختلاف أنواعها قابلة للابطال لهذا الغلط الغائب [1] دون مراعاة لظروف المتعاقد الآخر الذي قد لايكون في وقت العقد عالما بهذا الغلط لو أخذنا بغير ذلك لأدي الي زعزعة الثقة في المعاملات وهذا مايفرض علينا في مجال البحث تحديد شروط الغلط العائب أي الذي يصيب الارادة ويجعل العقد قابلا للابطال كما يلي:-

شروط الغلط العائب :-

لقد أورد المشرع الشروط المتطلب توافرهافي الغلط العائب في الماده ١٢٠ مدني التي جاء نصها "اذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ان كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان علي علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ١١٨.

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن المشرع أوجب شرطان في الغلط العائب وهما :- أن يكون الغلط جوهريا . وأن يكون المتعاقد الآخر متصلا بذلك الغلط .وسوف نبحث الشرطان كل علي النحو التالي:-

١-الغلطالجوهري:-

اشترط المشرع أن يكون الغلط جوهريا . ولكن يثور التساؤل عن المعيار الذي يعتد به لكي يكون الغلط جوهريا ؟.

لقد أجاب المشرع علي ذلك في عجز المادة ١/١٢١ مدني والتي جاء نصها "يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذاالغلط ويعتبر الغلط جوهريا علي الأخص:-

أ- اذا وقع في صفه في الشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

ب- اذا وقع في ذات المتعاقد أوصفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

يتضح من سياق هذا النص أن المشرع في الفقرة الاولي أخذ

بمعيار ذاتي في تحديد الغلط الجوهري. واعتبر الغلط جوهريا اذا بلغ فى نظر المتعاقد الذي وقع فيه حدا من الجسامة بحيث كان يمتنع عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط فالعبره اذا لمعرفة ما اذا كان الغلط جوهريا بشخص المتعاقد الذي وقع فيه. ومن ثم فلا أهميه لتأثير الغلط في الشخص العادي . ثم تابع المشرع في الفقره الثانية وحدد أحوالا معينه أو أحوالا خاصة يكون الغلط فيها جوهريا وهي احوال علي سبيل المثال من ثم يقع الغلط جوهريا في الاحوال التاليه:-

أ- الغلط في صفة جوهرية في الشئ:-

يستفاد ذلك من المادة ٢/١٢١ مدني التي قررت اذا تعلق الغلط بصفة في الشئ فيجب أن تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف وما ينبغي في التعامل بحسن نية ". لقد أخذ المشرع في هذه الفقره بالمعيار الموضوعي فلا تعتبر الصفة جوهرية فقط اذا كانت كذلك في نظر المتعاقدين وانما تكون جوهرية أيضا اذا كانت ظروف التعاقد وما يجب أن يسود في التعامل من حسن نية يوجبان اعتبارها جوهرية . ومثال ذلك اذا أقدم شخص علي شراء تحفه علي انها من الأشياء الآثرية ثم اتضح له انها ليست كذلك أي حديثة الصنع

وكذلك الحال اذا قبل شخص حواله حق علي مضمون برهن ثم يتضح أن الرهن قد سقط قبل الحوالة[١].

ب- الغلط في شخص المتعاقد :-

لقد أشارت الي ذلك الفقرة ٢/ب سالفة الذكر "يكون الغلط جوهريا كذلك اذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته . وكانت تلك الذات أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد ". ويكون الغلط في ذات المتعاقد مثل الموهوب له أو الشريك أو الوكيل لأن شخصيته تكون محل اعتبار في العقد أما الغلط في صفة في شخص المتعاقد فقد يثير في التطبيق الواقعي بعض الصعوبات وأمثلة ذلك أن يهب شخص آخر مالا علي اعتقاد أنه تربطه به صلة قرابه .ثم يتضح عدم وجود هذه الصلة .أو أن يتعاقد صاحب عمل مع شخص علي أنه يحمل مؤهلا معينا ثم يتضح غير ذلك . وكذلك الغلط في سن المتعاقد يعتبر غلطا في صفة جوهرية يعطي الحق في الابطال . واعمالا لذلك اذا تعاقد شخص مع ناقص الأهلية .فانه يكون واقعا في غلط ويجوز له أن يطلب الابطال بشرط اثبات أنه لو كان يعلم بنقص الأهلية لما أقدم علي هذا التعاقد.

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ٩٢.

ج- الغلط في القيمة:-

يكون الغلط في القيمه سببا لايطال العقد اذا كان جوهريا دافعا الي التعاقد . ومثال ذلك من أنه اذا اتفق صاحب بضاعه مع مالك السفينه علي أن يكون سعر النقل اما بحساب الحجم أو بحساب الوزن طبقا لما يختاره مالك السفينه . ثم اختار الأخير أن يكون الحساب بسعر الحجم .ثم تبين أن السعر في حالة الحساب بالحجم يساوي عشرة أمثال الحساب بالوزن ولم يكن صاحب البضاعه يعلم ذلك بدليل أنه رفض التعاقد مع صاحب سفينه آخري علي السعر المطلوب م فان الامر يجيز لصاحب البضاعة الحق في طلب إبطال عقد النقل للغلط الجوهري.

د- الغلط في الباعث :-

يذهب الفقه [١] الي أن الغلط في الباعث الدافع الي التعاقد يؤدي الي ابطال العقد متي كان دافعا الي ابرامه . فاذا اشتري شخص سيارته قد تلفت في حادث أو سرقت ثم اتضح له غير ذلك كان واقعا في غلط في الباعث يخول له الحق في طلب ابطال العقد . أو اذا استأجر شخص منزلا في مدينه معينه معتقدا أنه نقل اليها ثم تبين بعد ذلك أنه لم ينقل . كان واقعا

---

(١) راجع د/ عبدالحى حجازى ص ١٢٥.

في غلط في الباعث يجيز له ابطال عقد الايجار بشرط أن يكون المتعاقد الآخر في الحالتين قد اتصل بهذا الغلط . ولكن لايكفي علم المتعاقد الآخر بالباعث . وانما يحب أن يعلم بأن من يتعاقد معه أنه واقع في غلط . أن يعلم في المثال الأول بآن السيارة لم تتلف وفي المثال الثاني أن الموظف لم ينتقل [١].

هـ - الغلط في القانون :-

كان الفقه والقضاء [٢]،[٣] يسويان في الأثر بين الغلط في القانون والغلط في الواقع رغم عدم وجود نص تشريعي يوجب ذلك . ومنعا لكل شك قد جاء النص علي ذلك في القانون المدني الجديد في المادة ١٢٢ مدني . " ويقصد بالغلط في القانون . ذلك الغلط الذي يقع علي حكم قاعدة قانونية " كآن يبيع رجل نصيبه في تركة زوجة معتقدا أنه يرث الربع علي خلاف الحال لاعتقاده بوجود فرع وارث مع أنه في الحقيقة يرث النصف . والذي أثار الشك في التسويه بين الغلط في القانون والواقع هو وجود قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون . ومن ثم يذهب البعض[٤]

---

(١) راجع د/ حشمت أبو ستيت ص ٢٨١.

(٢) راجع د/ بهجت بدوى ص ٢٢١ ، د/ السنهورى الوسيط ج ١ فقرة ٣٧٢٥ .

(٣) أنظر استئناف مختلط ١٩١٥/٥/٢٠ مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ٢٧ ص ٣٤٤.

(٤) راجع د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ١٢١.

في الفقه الي القول أنه رغم وجود هذه القاعده لايمكن الاخذ بتلك التسوية ذلك أن مجال تطبيق تلك القاعده لايكون الاحيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام . اما اذا كان الغلط في مسألة قانونية لاتعتبر من النظام العام فيمكن الاحتجاج بالغلط في القانون . وينبغي علي ذلك أن مؤدي تلك القاعدة أنه لايجوز للشخص بحجة جهلة بقاعدة قانونية التخلص من حكمها . وليست هذه هي حالة العاقد ضحية الغلط في القانون الذي لايطلب سوي ابطال عقد أبرمه نتيجة غلطه . ولا تفرقة في هذه الحدود بين القاعدة الآمرة والقاعده المكملة . فيجوز الاحتجاج بغلط في حكم قاعدة قانونية لابطال العقد ولو كانت آمره . فللعاقد الذي كان يجهل وقت التعاقد صدور قانون يرفع سن الرشد الي احدي وعشرين أن يطلب ابطال العقد الذي أبرمه مع بالغ سن الرشد طبقا للقانون القديم مع أن القاعدة متعلقه بالنظام العام . ومما يجب الاشارة اليه في هذا الصدد أنه اذا كانت القاعدة هي التسوية في الآثر علي صحة العقد بين الغلط في القانون والواقع فقد ينص استثناء علي غير ذلك في المادة ٥٥٦ مدني " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون".

٢-اتصال المتعاقد الآخر بالغلط :-

يقصد باتصال المتعاقد الآخر يالغلط أن يكون هو الآخر واقعا في غلط أو علي علم به أو من السهل عليه أن يتبينه فلا يكفي ان يكون الغلط الذي يجعل العقد قابلا للابطال جوهريا . والقول بغير ذلك يؤدي الي زعزعة الثقه في المعاملات وهذا هو ما أكد عليه المشرع في الماده ١٢٠ مدني سالف الذكر . ولقد أراد المشرع بهذا الشرط وضع قيد علي تهديد الغلط لاستقرار المعاملات [١]. ذلك أنه اذا أبطل العقد لوهم قام في نفس المتعاقد فان ذلك يشكل مفاجأة كبري للطرف الآخر .اذ كيف يتسني له أن يعلم بما كان يدور في نفس الواقع في الغلط . ثم ما جريرته في ذلك بعد أن أطمأن الي التعاقد ليفاجآ بالابطال . ومن هنا بدأت فكرة اشتراط إتصال المتعاقد الآخر بالغلط مرحله وسطي بين الغلط الفردي الذي يقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يتبنئ الظروف عن وقوعه في هذا الغلط . وهذا غير كاف لابطال هذا العقد . والغلط المشترك أي الذي يقع فيه كلا المتعاقدين . وهذا هو ما يتضح من سياق النص ". ... أن يقع المتعاقد في نفس الغلط أو يكون علي علم به أو يكون من السهل عليه أن يتبينه".

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ١٢١.

ولنسوق مثالا يوضح ذلك .أنه إذا اشتري شخص تحفه آثرية ثم تبين أنها حديثة الصنع فانه يكون واقعا في غلط يحيز له ابطال العقد الا آن ذلك مشروط بآن يكون البائع له هو الآخر واقعا في ذات الغلط باعتقاده أن هذه التحفه أثرية أوكان يعلم بأنها ليست كذلك أو كان من السهل عليه اكتشاف هذا الغلط بأن اتضح من ظروف التعاقد أنه تم شراء هذه التحفه من محل متخصص في بيع الأشياء الأثرية.

اثبات الغلط :-

طبقا للقواعد العامة في الاثبات علي من يدعي خلاف الاصل اثبات ذلك .فعلي العاقد الذي يطلب ابطال العقد لغلط وقع فيه أن يثبت من ناحية أن رضاءه كان مشوبا بالغلط الدافع الي ابرام العقد . ومن ناحية أخري أن العاقد الآخر قد اشترك معه في هذا الغلط أو كان علي علم به أو كان من اليسير عليه أن يعلمه . ويكون الاثبات بكافة الطرق ومنها البينه والقرائن .

عدم جواز التمسك بالغلط علي وجه يتعارض مع حسن النية:-

لقد أورد المشرع هذا المبدأ في عجز الماده ١٢٤ مدني

ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به علي وجه يتعارض مع حسن النية. ويبقي بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد ابرامه اذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد ".

يتضح من هذا النص أنها تضع أساسا لهذا المبدأ وهو " عدم جواز التمسك بالغلط بشكل يخالف حسن النية . أي يخالف ما ينبغي توافره في التعامل من نزاهة . ثم جاء المشرع في الفقرة الثانية . وجعلها تطبيقا لهذا المبدأ فجاء النص مقتضاه " أن الابطال يسقط اذا أبدي المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه الواقع في غلط . ولنضرب المثال التالي لايضاح حقيقة هذا التطبيق "أن يشتري شخص شئ علي أنه من الفضة الخالصة . ثم يتضح له أنه من معدن قليل الآهمية فاذا عرض عليه البائع تسليمه الشئ الأصلي فانه لايجوز له التمسك بالابطال . لأنه اذا أصر علي موقفه يكون متعسفا في استعمال الحق ومخالف لمقتضيات حسن النية والنزاهة في التعامل [١]،[٢] . فاستعمال الحق في طلب العقد للغلط علي هذا النحو يكون

---

(١) راجع د/ السنهوري السويط جـ ١ ص ٢٢٩ بند ١٧٨ ، د/ أحمد سلامة ص ٢٣.
(٢) د/ محمود جمال الدين ذكي ، المرجع السابق ص ١٣٠.

استعمالا تعسفيا لانتفاء الفائدة من الاستعمال وخصوصا اذا كان يهدف الي تحقيق مصلحة غير مشروعة . وتظهر أهمية هذا المبدأ في حالة الغلط في القيمة اذ لايجوز للعاقد ضحيته ان يطلب ابطال العقد متي عرض العاقد الآخر مايكفي لرفع الغبن الذي لحقه نتيجة له

ثانيا: الاكراه

ماهيه الاكراه وأنواعه:-

يقصد بالاكراه تلك الرهبه التي تبعث دون حق في نفس أحد المتعاقدين فتحمله علي التعاقد . أو هو ضغط يقع ويقصد به الوصول الي غرض غير مشروع .علي شخص فيحدث في نفسه رهبه تحمله علي التعاقد [١] .والأصل في الاكراه أنه يفسد الارادة ولا يعدمها ذلك أن الاراده موجودة ولكنها ليست حرة أما وجود الارادة فيظهر من أن المتعاقد كان مخيرا بين أمرين تحمل الأذي أو التعاقد . فاختار التعاقد وهو أوهن الضررين .أما عدم حريه الارادة قاهر كذلك . اذ لولا الضغط وما أحدثه من رهبه ما تعاقد المكره . ومن أجل ذلك كان الاكراه عيبا في الاراده

---

(١) راجع د/ اسماعيل عبدالغنى سمعان – محاضرات فى نظرية الالتزام عام ١٩٨٨ ص ٩٣.

محيز الطلب ابطال العقد. أما اذا بلغ حدا لإعدام الاراده فان العقد لاينعقد . والاكراه في حد ذاته ليس هو العيب الذي يجعل العقد قابلا للابطال ولكن الرهبه التي يولدها الاكراه هي التي تعتبر عيبا يبطل العقد وقد يكون الاكراه ماديا يعدم الاراده .أي لن تكون له اراده مطلقاً [١] فمن يضغط علي رأس الشخص ويجبره علي الموافقه . أو يمسك بيده عنوه عنه ويقوم بأخذ بصمه ابهامه علي سند المديونيه . فهذا لاشك اكراه مادي . وقد يكون الاكراه معنويا أو نفسيا فلا يصل الي درجة انعدام الاراده ولكن يفقد الاختيار وفيه إرادة لانه أجبر علي أن يريد . فمن يشهر مسدسه في وجهك مهددا لك بالقتل مالم تقم بالموافقة فقمت بالموافقة . فانك تكون رضيت بأخف الضررين . وهذا النوع الاخير هو المعول عليه كعيب في التراضي . فالعبرة بما يحدثه الاكراه وليس بالاكراه ذاته[٢].

شروط الاكراه:-

أوضح نص الماده ١٢٧ مدني هذه الشروط في عجز النص فجاء النص كما يلي" يجوز أبطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص

(١) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ١٢٥.
(٢) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ١٢٦.

تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الاخر في نفسه دون حق وكانت قائمه علي أساس . وتكون الرهبه قائمه علي آساس اذا كانت ظروف الحال تصور الطرف الاخر الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ويراعي في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحيه وكل طرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الاكراه ".

يتضح من سياق هذا النص أن يشترط جملة شروط في الاكراة الذي يعيب الاراده وهي :- أن يصدر ضغط غير مشروع- آن يكون هذا الضغط دافعا الي التعاقد - صدور الاكراه من شخص وليس شئ . وسوف تتولي تفصيل هذا الاجمال علي النحو التالي :-

١-أن يصدر ضغط غير مشروع:-

يستدل علي ذلك من عجز النص المشار اليه سلفا "...قد بعثت بدون وجه حق " فالضغط غير المشروع هو الذي يكون بوسيلة غير مشروعة توصلا الي غرض غير مشروع . فيجب أولا أن يكون هناك وسيلة ضغط أو تهديد . بحيث اذا انتقت أعمال الضعط لم نكن بصدد اكراه مفسد للاراده. ولايعتبر النفوذ الأدبي

من وسائل الضغط [١] وقد تكون هذه الوسائل موجهة الي المتعاقد نفسه أو الي غيره مادامت قد أحدثت في نفسه رهبه أو خوف . فالخطر المهدد به قد يكون موجها الى نفس المتعاقد في شخصه أو شرفه أو ماله أو فى شخصه قريب أو عزيز عليه ولكن لايشترط أن يكون الخطر جسيما وحالا أو محدقا كما ورد في عجز الماده ١٢٧ مدني سالف الذكر "... أن خطرا جسيما محدقا يهدده ". اذا العبره بالخطر الذي يحدث في النفس رهبه في الحال تدفعه الي التعاقد أي العبره بالحالة النفسية للمتعاقد وقت التعاقد فالخطر المستقبل يمكن أن يحدث هذا الأثر . أما اذا كانت الوسائل مشروعه في ذاتها ويهدف الوصول بها الي غرض مشروع فلا يبطل العقد بسبب الاكراه ويكون ذلك حين يضغط شخص علي ارادة آخر عن طريق المطالبه بحق له عليه أو عن طريق استعماله لحقه القانوني ما دام لايقصد الا الوصول الي حقه . يكون الاكراه مشروعا . ومثال ذلك التهديد القيام برفع دعوي أو اشهار الافلاس أو اتخاذ اجراءات الحجز طالما كان الهدف من التهديد هو الوصول الي الحق . أما اذا كان الهدف غير ذلك فاننا نكون بصدد التعسف في استعمال الحق .

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٢٧٩.

٢- أن تكون الرهبه هي الدافع الي التعاقد :-

سبق أن اسلفنا أن الرهبـه هي الخوف من وقـوع خطر جسيم علي النفس للمكره أو علي نفس شـخص عـزيز عليـه أو علي جـسم واحـد منها أو علي ماله . ومن ثم يجب للاعتداد بالرهبه كعيب في التراضي أن تكون هذه الرهبه هي التي دفعت الي التعاقد . وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن تكون هذه الرهبه موجوده في نفس المتعاقد وقت التعاقد . وان يتضح أنه لم يكن ليتعاقد لولا هذه الرهبه . أما اذا لم تكن الرهبه هي السبب الذي حمل العاقد علي ابرام العقد .بل وجدت له مصلحة في ابرامه هي التي دفعته الي التعاقد بغض النظر عن الاكراه، فان العقد لايكون قابلا للبطال. ولكن هل سلك المشرع مسلكا معينا في تحديد الرهبه الدافعه الي التعاقد ؟الامر فيه أن المشرع لم يحدد معيارا واضحا في تحديد الرهبه الدافعة الي التعاقد . وانما وضع معايير ذاتيه أو شخصية وهي كما جاء بالنص الوارد في الماده١٢٧/٣ مدني مصري "يراعي في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعيه والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الاكراه ".هذه المعايير والظروف الشخصية يجب أن تكون محل تقدير في تكييف الرهبه الدافعه إلي التعاقد . والتقدير هنا تقديرا ذاتيا أو شخصيا ينظر فيه الي المتعاقد نفسه لا الي الشخص المعتاد . بل

يجب فضلا عن ذلك الاعتداد بالحالة الشخصية للمكره للاعتداد بالظروف والملابسات التي أحاطته بأعمال الاكراه مثل كون المكان أهلا بالسكان أم لا . وكون الوقت نهارا أم ليلا.

٣- صدور الاكراه من شخص وليس شئ:-

يشترط لاعمال الاكراه كعيب يشوب التراضي أن يكون مبعثه شخص .هذا الشخص يكون هو المتعاقد الآخر أو الغير . ولا مشكلة اطلاقا في حالة ما اذا كان الشخص هو المتعاقد الآخر .اما لو كان من الغير فانه لايبطل العقد فليس من المنطق أن يؤخذ شخص بجريرة غيره .الا اذا كان المتعاقد الآخر يعلم بفعل الغير أو كان من المفروض عليه حتما بأن يعلم . ولايقصد يكون الرهبه تنبعث عن شخص أن يكون أداة الاكراه من فعل هذا الشخص أو طوع ارادته وانما يكفي أن ينتهز فرصة معين . فيهدد المتاقد الآخر بخطر يبعث في نفسه رهبه . ومثال ذلك أن يكون هناك طفل تحت الانقاض عند تهدم المسكن . ويشترط الشخص علي والده دفع مبلغ باهظ لانقاذ هذا الطفل فدفع الوالد هذا المبلغ .فان الاكراه في هذه الحالة يتحقق . فهذا الشخص هو الذي بعث الرهبه في نفس الوالد بأن طفله سوف يختفي مالم يدفع هذا المبلغ[١]،[٢]. وهذا هو الاكـراه

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٨٤.

(٢) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ١٢٨.

الناشئ عن حالة الضرورة . أي اكراه ناشئ عن ظروف خارجية . وهذا هو حكم الاكراه الصادر من الغير الذي سبق أن أسلفناه . أفسد الاراده أن يثبت وجوده وتوافر شروطه . فعليه أن يثبت أن هناك وسيله للضغط غير المشروع تم استعمالها ضده وأن هذه الوسيلة أحدثت في نفسه رهبة وأنها هي التي دفعته الي التعاقد . وهذه وقائع ماديه يجوز فيها الاثبات بكافة الطرق. وتقدير ما اذا كان الاكراه مؤثرا أو غير مؤثر وما اذا كانت الرهبه هي الدافعه الي التعاقدهي من مسائل الراقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابه من مجكمة النقض الا فيما يتعلق بتسبيب هذا التقدير بأسباب سائغة مقبولة . أما كون الأعمال التي وقع بها الاكراه مشروعه أم غير مشروعة فهي من وسائل القانون التي تدخل في نطاق الرقابة القانونيه لمحكمة النقض [١] . فاذا نجح المتعاقد في هذا الاثبات فانه يتمسك بقابلية العقد للابطال فضلا عن المطالبه بالتعويض ضد من صدر عنه الاكراه طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية[٢] .

---

(١) راجع د/ سعيد عبدالسلام سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الاذعان عام ١٩٩١ ص ٢١٤.

(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٢٨٦ فقرة ٢٠٨ ، ٢٠٩.

ثالثا: التدليس

ماهية التدليس وعناصره:-

لم يضع المشرع المصري تعريفا للتدليس في تنظيمة لهذا العيب من عيوب الاراده . بل اكتفي بوضع أحكامه العامه ومن ثم فلا بد لنا من تعريف التدليس . فقد استقر الفقه (١) علي أن التدليس هو ايهام الشخص بغير الحقيقة بقصد حمله علي التعاقد . والايهام معناه ايقاعه في وهم . ومن هنا يقترب التدليس من الغلط . فالغلط هو وهم تلقائي أو التدليس أيضا وهم الا أنه ايس تلقائيا وانما وهم مثار من الغير . وهنا يثور التساؤل طالما كان التدليس وهما مثله مثل الغلط . فهل يمكن أن تغني نظرية الغلط عن التدليس؟.

ذهب البعض الي القول (٢) أنه يمكن الاستغناء عن التدليس في ظل التشريعات التي تجعل الابطال للغلط طالما كان دافعا الي التعاقد دون تحديد لمضمون هذا الغلط . أي أن التوسع في نظرية الغلط جعلنا لسنا بحاجه الي نظرية التدليس وهذا مافعله المشرع المصري الذي جعل العقد قابلا للابطال سواء وقع في الشئ أو

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٢٨٧ ، فقرة ١٩٣.

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، د/ حشمت أبو شنب بند ١٧٧ ، د/ عبدالحى حجازى ص ٣٥٤ ، د/ الصده بند ١٧٢.

الشخص أو القيمة أو الباعث بشرط أن يكون جوهريا اذ يستوي عند أصحاب هذه النظر الغلط التلقائي الناشئ عن التدليس ولكن بامعان النظر في النظريتين نجد أن هناك فوارق هامه تجعل الاستغناء عن نظرية التدليس أمراً غير منطقيا . وذلك من زاويتين هما :- الزاوية الأولي من حيث الاثبات أن اثبات الغلط الناتج عن التدليس من اثبات الغلط التلقائي . وذلك لأن التدليس يحوي طرقا احتيالية يكون من السهل عادة اثباتها أما في حالة الغلط غير المصحوب بالتدليس . فصعب الاثبات لأنه أمر نفسى بحت يصعب اثباته عادة. الزاوية الثانية :من حيث الجزء فبالاضافه الي الابطال له حق التعويض في التدليس هذا وللتدليس عنصران هما :- العنصر الموضوعي :- الطرق الاحتيالية . العنصر المعنوي أو النفسى : فيه التضليل وسوف نتولي تفصيل أحكامها علي النحو التالي:-

العنصر الموضوعي: الطرق الاحتيالية:

يقصد بالطرق الاحتيالية الحيل المستعملة التي توهم المدلس عليه بغير الحقيقة. هذه الحيل تأخذ في الواقع العملي العديد من الصور مثل تقديم عقد ايجار مزور لمن يريد شراء عقار لايهامه أن دخل العقار أكبر من الدخل الحقيقي . أو نشر ميزانية شركة مبينا بها أن أرباحها تزيد كثيرا علي الارباح الحقيقية لكي يقدم علي

شراء الأسهم . واذا كان الأصل أن مجرد الكذب لايكفي لتوافر العنصر المادي في التدليس . الاأنه قد يعتبر كافيا اذا تعلق الآمر بواقعة لها أهميتها. بحيث يمكن القول أن المتعاقد ما كان ليقدم علي التعاقد لولا البيانات الكاذبة التي أدلي بها المتعاقد الآخر . بل ان الكتمان أو السكوت قد يعتبر من الطرق الاحتيالية اذا تعلق الكتمان بواقعة هامه كان يجب الافشاء بها . ولم يكن في وسع المتعاقد المدلس عليه معرفتها من طريق أخر ومثل ذلك أن يقوم شخص ببيع منزلا لآخر ويخفي عنه أن هناك مشروع بصدد اتخاذ اجراءات نزع الملكية للمنفعة العامه علي هذا العقار . وهذا ما أورده نص المدني "....... ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة . اذا أثبت أن المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة وهذه الملابسة".

العنصر المعنوي:-"نية التضليل"

يشترط في الغش أو الوسائل الاحتيالية أن يكون استعمالها للوصول الي غرض غير مشروع . أما اذا كان استعمالها للوصول الي غرض مشروع فلا قيام للتدليس . وأيدت محكمة النقض المصرية هذا النظر [١] فقضت " بأنه يشترط في الغش والتدليس علي ما عرفته

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٧٦/١٢/٢١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٧ ص ١٧٩١.

الماده١٢٥ مدني أن يكون ما استعمل في خدع المتعاقد حيلة وأن تكون هذه الحيله غير مشروعة قانونا".

شروط الابطال للتدليس:-

لما كان التدليس علي عكس الغلط غير محدد النطاق . فيجوز أن يؤدي التدليس الي غلط في الشئ أو الشخص أو في القيمة أو في الباعث . وهو في كل هذه الأحوال يجيز للمدلس عليه ابطال العقد . وانما يجب لذلك توافر شروط معينه بالاضافة الي وسيلة الخداع ونية التضليل وهذه الشروط هي:-

١- أن يكون التدليس دافعا الي التعاقد.

٢-أن يكون التدليس متصلا بالمتعاقد الآخر . وسوف نفصل ذلك الاجمال علي النحو التالي:-

الشروط الأول : التدليس الدافع الي التعاقد :

في حقيقة الواقع لقد تناول المشرع المصري هذا الشرط في عجز الماده ١/١٢٥ مدني علي أنه " يجوزابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرام الطرف الثاني العقد ". وعندما ندقق النظر في هذا النص يمكن القول أن المشرع قرر أنه اذا كانت الحيل المستعمله

قد بلغت من الجسامه حدا بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد . والمعيار هنا شخصي [١] أي العبره في هذا بشخص المتعاقد لابمدي تأثير هذه الحيل في الشخص العادي . فما يكفي لتضليل شخص جاهل ودفعه الي التعاقد قد لايكون كافيا لتضليل شخص متعلم . ويفرق البعض في الفقه [٢] بين التدليس الدافع الذي يجعل العقد قابلا للابطال والتدليس غير الدافع الذي لايدفع إلي التعاقد . وانما يقتصر أثره علي قبولا المتعاقد لشروط أشد مما كان سيقبله لو علم بالحقيقة . أي يعيب التراضي . ولكن يجمع الفقه علي عدم جدوي هذه التفرقة [٣] وأنها تفرقة منتقده . وذلك لصعوبة الفصل بين قبول التعاقد ذاته وقبوله بشروط معينه . ولأن الرضاء انما يرد علي عقد معين بشروط معينه . فاما أن تكون الارادة في اتجاهما الي هذا العقد بشروط سليمة فيقع العقد صحيحا . واما أن تكون مضللة مخدوعة فيكون العقد قابلا للا بطال سواء كان التضليل دافعا الي التعاقد ذاته أو الي قبول شروط أبهظ . ويضاف الي ذلك أن المدلس عليه يستطيع في كل الأحوال الأكتفاء بطلب التعويض علي أساس الفعل غير

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ٢٠٠.

(٢) راجع د/ اتسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٠٧ ، د/ سليمان مرقص المصادر ص ٢٠٩.

(٣) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٢٧٣.

المشروع دون الابطال للعقد [١] وتقدير أثر التدليس في نفس المخدوع من مسائل الواقع [٢]. لا يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض .

الشرط الثاني :- اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس:-

لايكفي صدور وسائل احتيالية لكي يمكن التمسك بقابلية العقد للابطال . وانما يجب فضلا عن ذلك أن يكون التدليس قد اتصل بالمتعاقد الآخر . وهو يكون كذلك اذا كانت الطرق الاحتيالية قد صدرت من غير المتعاقد ولكن المدلس عليه أثبت المتعاقد معه كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالتدليس . فاذا لم يثبت العلم علي هذا النحو . فلن يكون أمام المدلس عليه سوي الرجوع علي المدلس بالتعويض ويكون أساس هذا الرجوع الفعل غير المشروع ويعتبر هذا تطبيقا لما أورده المشرع في عجز الماده ١٢٦ مدني "اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس ".

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط ج ١ ص ٣٤٢ هامش ١ ، د/ سليمان مرقص - المرجع السابق ص ١٠٨.

(٢) انظر نقض مدنى ١٩٧٢/٢/٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٣ ص ١٣٨.

اثبات التدليس واثره:

لما كان التدليس مجرد واقعة مادية فأنه يجوز اثباتها بكافة طرق الاثباتها القانونية بما فيها القرائن. ولايكف لاثباته اقامة الدليل علي توافر عنصريه المادي والنفسى . بل يلزم اثبات توافر شروطه. بأن يثبت المتمسك به أن التدليس أدي الي غلط دافع الي التعاقد . وأن هذا التدليس صدر من الطرف الآخر أو صدر من الغير وكان ذلك الطرف علي علم به أو من المفروض حتما أن يعلم به . ويجب الأخذ بالمعيار الشخصي في اثبات التديس أي النظر الي ظروفه الشخصية وحالته الاجتماعيه ومستواه الثقافي . واذا نجح المدلس عليه في الاثبات فانه يكون له المطالبه بالابطال للعقد . كما يكون له المطالبه بالتعويض. ويذهب البعض في الفقه الي انه يجوز الجمع بين الابطال والتعويض متي أثبت أن هناك ضررا لايرفعه مجرد ابطال العقد . فالتدليس عمل غير مشروع يستوجب المسئولية عن الضرر الذي ينشأ منه. فضلا عن كونه عيبا من عيرب الرضا. وكذلك الحال يجوز للمدلس عليه حيث يثبت له حق الابطال أن يكتفي بطلب التعويض دون الابطال . ذلك أن الحق في الابطال مقرر لمصلحته هو فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك به (١) .

---

(١) أنظر د/ محمود جمال الدين ذكى المرجع السابق ص ٨٧.

رابعا: الاستغلال

النص التشريعي:-

تنص المادة ١٢٩ مدني علي أنه "اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البته مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر . وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوي جامحا جاز للقاضي بناء علي طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويجب أن ترفع الدعوي بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والاكانت غير مقبوله . ويجوز في عقود المعاوضه أن يتوقي الطرف الآخر دعوي الابطال اذا عرض مايراه القاضي كافيا لرفع الغبن ".

يتضح من هذا النص أنه يجب التفرقه ما بين الاستغلال والغبن .فالاستغلال هو انتهاز ضعف المتعاقد الآخر . والحصول علي عقد معاوضة فيه غبن أو علي تبرع [١].أما الغبن فهو عدم التعادل بين ما أخذ المتعاقد وما أعطي. والعاده أن يجاوز عدم التعادل حدا معينا .لأن من النادر أن يتساوي البدلين تماما في عقود المعاوضات . بل هناك قدر من عدم التعادل لايؤثر في العقود . ولذلك لاتثور مسألة

---

(١) راجع د/ منصور مصطفى منصور - مصادر الالتزام عام ١٩٧٣ ص ٨٩.

الغبن الا اذا بلغ عدم التعادل حدا يجاوز المألوف في التعامل . ولايتصور الغبن الا في عقود المعاوضه. ولايكون عيبا من عيوب الاراده الا في حالات معينه منها بيع عقار ناقص الاهلية اذا كان فيه غبن يزيد علي الخمس وهو وارد في الماده ٤٢٥ مدني مصري . والقسمة اذا كان الغبن يجاوز خمس نصيب المتقاسم . أما الاستغلال فيمكن أن يكون في عقود المعاوضة أو التبرع [١].

عنصري الاستغلال :

يتضح من نص الماده١٢٩ سالف الذكر أن للاستغلال عنصرين الأول موضوعي وهو اختلال التعادل اختلالا فادحا . والثاني عنصر نفسي وهو استغلال ضعف في المتعاقد الآخر . وسف نعرض لهما كما يلي:-

العنصرالموضوعي:

باستطلاع النص المشار اليه سلفا نجد أن المشرع لم يحدد رقما حدا معينا يجب أن يبلغه الفارق بين الالتزامات والفوائد أو عدم التعادل . بل ترك الأمر للقاضي شريطة أن يكون الفارق جسيما جدا أو فادحا أو ألا يكون هناك تعادل البته . وفي سبيل الوقوف علي عدم

---

(١) انظر المادة ٤٢٧ مدنى مصرى استثنت البيع الذى يتم بطريق المزاد العلنى الجبرى .

التعادل الفادح يسترشد بأمرين . أولهما : الاعتداد بقيمة الشئ وقت العقد . وثانيهما :-أن يعتد بقيمة الشئ في نظر المتعاقد المتضرر. أي القيمة التي كان مستعد لدفعها في سبيل الحصول علي الشئ . ويمكن للعنصر الموضوعي أن يتحقق سواء في العقود الاحتمالية والمحددة علي حد سوآء . وكذلك يمكن أن يتحقق في عقود المعاوضة والتبرع طبقا للرأي الراجح [١] فالتبرع أولي بالحماية-لأن المسألة بالنسبة له لاتكون مسألة عدم التعادل بل مسألة انعدام التعادل .

العنصرالنفسي:-

هذا العنصر مزدوج يقوم لدي كلا الطرفين . فهو بالنسبة لأحد الطرفين ضعف نفسي معين والطرف الآخر يستفيد من هذا الضعف . والضعف لابد أن يكون أحد أمرين إما الطيش البين أو الهوي الجامح.اما الطيش البين فهو الخفه التي تؤدي الي عدم الاكتراث بالعواقب والوقوف عند النزوة العاجلة العابرة . ويشترط في الطيش أن يكون واضحا وظاهرا . وغالبا ما يكون هذا الطيش في مرحلة الشباب ومثال ذلك الوارث الذي يريد نقودا سريعا فيقع فريسة سهله. أما الهوي الجامح .أي الهوي الذي لايستطيع صاحبه أن يكبح جماعه .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامه - المرجع السابق ص ١٣١.

ومثال ذلك أن يولع شيخ بحب زوجة شابه فتحصل منه علي بيوع لها ولأولادها . ولكي يكتمل هذا العنصر لابد أن تتوافر لدي الطرف الآخر نية الاستفاده من هذا الضعف النفسي وهو أمر يقتضي أن يكون علي علم به. مع ملاحظة أن عدم التعادل الفادح يكون قرينة علي توافر هذه النية ولايشترط أن يكون صاحب هذه النية هو نفس الشخص الذي يفيد من التصرف .فحين تدرك الزوجة الشابه مدي هيام زوجها الكهل بها فتطلب منه أن يهب أخاها مالا معينا . فان العنصر النفسي يتوافر بدفتيه [١].

جزا ءالاستغلال:-

أوجب المشرع في عجز الماده ١٢٩ مدني رفع دعوي الاستغلال لابطال العقد أو انقاص الالتزامات خلال سنة تحسب من تاريخ العقد وليس من اكتشاف الاستغلال . ومدة السنة هذه مدة سقوط لاتقبل الوقف ولا الا نقطاع وتختلف هذه الدعوي عن دعاوي للغلط آو التدليس أو الاكراه حيث ترفع الأخيرة خلال ثلاث سنوات من وقت اكتشاف العيب أو خمس عشرة سنه من وقت العقد .كما أن هذه المده تقبل الوقف والانقطاع اذ هي مدة تقادم. والعله في جعل مدة الاستغلال أقل هي السرعة في حسم المنازعات التي يشوبها الاستغلال . حتي لايبقي

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ١٣٣.

مصير العقد معلقا لفتره طويله بشأن عيب يكون اثباته أمرا صعبا . والجزاء علي توافر الاستغلال هو جزاء قضائي موكل للقاضي أي لابد أن يقوم القاضي بتوقيعه بناء علي دعوي يرفعها من يطلب توقيع الجزاء. والجزاء ذاته يكون أحد أمرين:- اما ابطال العقد . واما انقاص الالتزامات الي الحد الذي يكفي لرفع الغبن وللطرف المغبون الخيار علي النحو التالي :-

١-عندما يطلب المتمسك بالاستغلال إبطال العقد فالقاضي قد لا يحكم بالابطال وانما ينقص التزامات المغبون الي الحد الذي يزول معه الاستغلال . ويكون للطرف المدعي عليه أن يعرض زيادة التزاماته للحد الذي يقرر القاضي أنه يكفي لرفع الغبن . مثل ذلك عرض مبلغ من المال يزيد من الثمن حتي يكون متعادلا . وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد متي يكون الغبن قد رفع. غير أنه لايجوز للقاضي زيادة التزام المدعي عليه مالم يعرض هذا الأخير رغبته في ذلك.

٢-واذا طلب الطرف المتمسك بالعيب انقاص التزامه. فلا يجوز للقاضي الابطال والا كان حكمه عرضه للبطلان لأنه يكون قد قضي بما لم يطلبه الخصوم . ولكن يجوز للمدعي عليه أن يعرض عليه زيادة التزامه بدلا من انقاص التزام الطرف الآخر [1]، [2].

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى - المرجع السابق ص ١١١.

(٢) راجع د/ منصور مصطفى - المرجع السابق ص ١٩٣.

المبحث الثاني

المحـــل

ماهية المحل وشروطه:

أسلفنا أن المحل ركن في الالتزام ولكن جرت عادة الشرح علي معالجته ضمن أركان العقد . وذلك لأن الشروط التي يلزم توافرها في المحل لاتظهر أهميتها الافي الالتزامات التعاقدية . ومحل الالتزام هو ماتعهد المدين بالوفاء به والمدين يلتزم اما باعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ويطلق الفقه تجاوزا أن محل الالتزام هو الشئ الذي تنتقل ملكيته. وأيا كان محل الالتزام فانه يشترط فيه الشروط التاليه : أن يكون موجودا وممكنا - آن يكون معينا أو قابلا للتعين- أن يكون قابلا للتعامل فيه. وسوف نعرض لهذه الشروط تفصيلا علي النحو التالي:-

اولا: الشرط الاول :-آن يكون المحل موجودا او ممكنا

أ- وجود المحل :

يجب أن يكون الشئ موجودا وقت نشوء الالتزام .آوأن يكون محتمل الوجود بعد ذلك وفقا لقصد المتعاقدين - واذا كان محل الالتزام عمل أو امتناع عن عمل فيجب أن يكون ممكنا فاذا قصد

المتعاقدين أن يكون التعامل علي شئ موجود معين وقت التعاقد ثم تبين أنه غير موجود فان الالتزام لايقوم حتي لو كان من الممكن وجود الشئ في المستقبل .ومثال ذلك أن يبيع شخص سيارة موجوده عنده ثم يتضح أنها أهلكت قبل ابرام العقد . ويستوي أن يكون الشئ لم يوجد اصلا أو كان موجودا وهلك قبل ابرام العقد أما اذا كان الشئ موجودا وقت ابرام العقد ثم هلك بعد ذلك فان الالتزام ينشأ ويكون العقد قابلا للفسخ لعدم تنفيذ احد المتعاقدين التزامه (١)

ولكن قد لايقصد المتعاقدان أن يرد العقد علي شئ موجود فعلا وقت العقد . ففي هذه الحالة يشترط أن يكون الشئ ممكن الوجود في المستقبل . أي يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا(٢) ومثال ذلك .بيع مسكن لم يتم بناؤه بعد وبيع المزارع للمحاصيل قبل ظهورها . واذا كان الأصل جواز التعامل في الشئ المستقبل الا أن بعض القوانين تحرم هذا التعامل مثل التعامل في تركه مستقبلة والتي سوف نعرض له كما يلي:-

التعامل علي تركة مستقبلة:

يقصد بالتركة ما يكون مستحقا للشخص من حقوق وما عليه

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ١١٩.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٨٨/١٢/٢٩ الطعن ٣١٩٩ السنة ٥١ق .

من التزامات منظورا اليها وقت وفاته . وتستثني القوانين من جواز التعامل في الشئ المستقبل التعامل في التركة المستقبلة سواء كان التعامل من الوارث المستقبل أو من المورث نفسه. وأيا كانت صورة هذا التعامل . والتعامل المحظور هو الذي يرد علي التركة في مجموعها أو علي جزء منها علي مال معين باعتبار أنه سيدخل ضمن أموال التركة المستقبلة .فاذا باع شخص ما سيؤول اليه من تركة مورثه أو جزء منها . أو مالا معينا سيؤول اليه ميراثا. وقع البيع باطلا .

وينطبق ذات الحكم علي الموصي له اذ يقع تصرفه باطلا قبل وفاة الموصي حتي ولو أجازه لأن هذا التصرف مخالف للنظام العام وسبب ذلك يعزي الي أن هذا التصرف فيه مضاربة علي حياة المورث وتعجلا لوفاته. وقد أفصحت الماده ١٣١ مدني عن هذا الحكم في عجز النص التالي يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . غير أن التعامل في تركه انسان علي قيد الحياة باطل ولو كان يرضاه الا في الاحوال التي نص عليها القانون ". وهذا التحريم المشار اليه في النص ينطبق علي التصرف الصادر من الوارث كما ينطبق علي التصرف الصادر من المورث. فإذا اتفق مورث مع أحد ورثته علي أن يكون نصيبة أكبر من النصيب الشرعي . أو اتفق مع أجنبي علي أن يكون له نصيب من التركة فهذه الاتفاقات باطله . لأن المورث لايستطيع أن

يتصرف في تركته الا عن طريق الوصية. وسبب بطلان هذا التصرف هو أن أحكام الميراث من النظام العام . وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية [١] . أن الاتفاق الذي ينطوي علي تصرف في حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه . يعد تحايلا علي قواعد الميراث ويقع باطل بطلانا مطلقا لاتلحقه الاجازه ويمكن اثباته بكافة طرق الاثبات ولو كان الوارث طرفا في الاتفاق".

ب- المحل ممكن :

الامكان هنا يقابل الوجود . فاذا كان محل الالتزام عمل أو امتناع عن عمل فيجب أن يكون ممكنا . واذا كان محل الالتزام غير ممكن. فان الالتزام لاينشأ . لأنه لاالتزام بمستحيل . وفي هذا تعبيرا صريح عما أورده المشرع ففي الماده ١٣٢ مدني التي جاء نصها " اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا ". والاستحالة اما تكون مطلقة ويقصد بها اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أي لايستطيع أي شخص القيام به تمنع نشؤ الالتزام اذا كانت سابقة عليه . أما اذا كانت لاحقه فلا تمنع نشؤ الالتزام ولكنها تؤدي الي انقضاؤه فتبرأ ذمه المدين ويفسخ

---

(١) راجع نقض مدنى ١١/١١/١٩٧٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص ١٣٩٤.

العقد اذا كان ملزما للجانبين بالاضافة الي التعويض اذا اثبت تقصير المدين واما أن تكون الاستحالة نسبيه أي يكون محل الالتزام مستحيلا بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض الآخر . فقد يلتزم شخص بعمل فني لايقدر علي القيام به . فهذه الاستحالة لاتمنع نشوّ الالتزام ولكنها توجب الفسخ والتعويض سواء كانت سابقة علي التعاقد أم لاحقه (١) والاستحالة المطلقه اما أن تكون طبيعية أي ترجع الي طبيعة الالتزام مثالها : التزام الناقل بنقل البضاعة التي تبين انها نقلت بالفعل وقت التعاقد واما أن تكون الاستحالة المطلقه قانونية أي ترجع الي سبب في القانون مثالها : تعهد محام بعمل استئناف في دعوي بعد انقضاء ميعاده . وأثر الاستحالة واحد . مهما كان جد قبل العقد فأنهما يمنعا نشوّ الالتزام . إذا جد بعد العقد فأنهما يؤديا الي انقضاؤه.

ثانيا : الشرط الثاني : تعيين المحل :

لقد تناول نص الماده ١٣٣ مدني مصري ذلك بالنص علية فجاء كما يلي " اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والاكان العقد باطلا - ويكف أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى - المرجع السابق ص ١٢١.

مقداره. واذا لم يتفق المتعاقدان علي درجة الشئ من حيث جودته . ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف أخر . التزام المدين بأ ن يسلم شيئا صنف متوسط " يتضح من هذا النص أنه لايتطلب أن يكون محل الالتزام بذاته .بل يكتفي بأن يكون معينا بنوعه ومقداره . والواقع أن هذا الظاهر غير دقيق وفيه تعميم (١). ولذلك ينبغي التفرقه بين ما اذا كان الشئ قيميا أو مثليا . ففي الحالة الاولي لابد أن يكون المحل معينا بذاته. وفي الحالة الثانية فانه يكون معينا بنوعه . وبالاضافه الي التعيين بالنوع أو بالذات فانه هناك تعيين بالمقدار من حيث العدد أو المقاس أو الوزن أو الكيل . ولايشترط أن ينص في العقد علي هذا التعيين بالشكل السابق وانما يكفي أن يتضمن العقد الأسس التي تؤدي الي تعيين الشئ مستقبلا . وعندئذ يقال أن الشئ قابلا للتعيين . ومن هذه الأسس التي يمكن أن يتضمنها العقد أن يتفق الطرفان علي أن يترك هذا التعيين الي شخص من الغير . كما لايشترط أن تعيين درجة جودة الشئ وهنا يطبق الفقرة الأخيرة من الماده ١٣٣ مدني "..... التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط".

---

(١) راجع د/ أحمد سلامه – المرجع السابق ص ١٣٤.

الشرط الثالث : مشروعية المحل :

نصت المادة ١٣٥ مدني مصري " اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا".

يتضح من هذا النص أنه ربط فكرة مشروعية محل الالتزام بالنظام العام أو الآداب العامة . وبالتالي يثور التساؤل ما المقصود بالمشروعية للمحل .؟ هل يقصد بها أ ن يرد المحل علي شئ قابل للتعامل فيه ؟ إن عدم القابلية للتعامل ترجع إما لطبيعتة أو لأن التعامل فيه يتنافي مع الغرض الذي خصص له. واما لعدم المشروعية للتعامل فيه . والأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها مثل الهواء - أشعة الشمس - ماء البحر ولكن اذا استأثر أحد الأشخاص بكمية من هذه الأشياء فانها تصبح محلا للتعامل . وقد لايكون الشئ قابلا للتعامل فيه لأن التعامل يخرجه عن الغرض المخصص له مثل المال العام الذي يخصص للنفع العام . ومن ثم لايجوز التعامل فيه .والتعامل المحظور هو الذي يتنافس مع الغرض الذي خصص له المال العام . ولذلك يمكن أن يكون المال العام محلا لبعض أنواع التعامل . مثل ايجار جزء من الطريق العام أو من شاطئ البحر لاقامة مباني عليه. وقد يرجع عدم القابلية للتعامل في شئ معين الي عدم المشروعية نتيجة نص في

القانون يحرم هذا التعامل . أو لأن التعامل فيه يتنافي مع النظام العام أو الآداب العامة. مثل بيع المواد المحذرة. ويرجع في تحديد فكرة النظام العام أو الآداب العامة الي ما سبق دراسته في المدخل لدراسة القانون . ومن ثم فلا داعي للتكرار [١]،[٢] .[٣].

---

(١) راجع د/ أحمد سلامه - المرجع السابق ص ١٣٤.

(٢) راجع د/ عبدالودود يحيى - المرجع السابق ص ١٢٦.

(٣) أنظر د/ سعيد عبدالسلام المدخل لدراسة القانون عام ٢٠٠٢ ص ١٧-١٩

المبحث الثالث

السـبب

النص التشريعي:

لقد عالج المشرع أحكام السبب كركن في الالتزام العقدي في المواد من ١٣٥ حتي ١٣٧ والتي جاءت نصوصها كالتالي :- فجاء نص الماده ١٣٥ مدني " اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا "وجاء نص الماده ١٣٦ مدني " كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا مالم يقم الدليل علي غير ذلك . ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتي يقدم الدليل علي ما يخالف ذلك .فاذا إدعى بصورية السبب فعلي من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

يتضح من هذه النصوص أنها تعالج الأحكام العامه للسبب وهذه الأحكام تحتاج الي تداخل فقهي للوقوف علي تفصيلات ما تحوية تلك الأحكام العامه وسوف تأتي دراستنا للسبب موضحين : ما المقصود بالسبب ؟ وشروطه واثباته . وذلك علي النحو التالي:

ماهية السبب والباعث:

يبدأ تعريف السبب من السؤال الآتي لماذا التزم المدين ؟ أي ما سبب التزام المدين أي مالغرض المباشر الذي يريد المدين أن يصل اليه من وراء الالتزام . فالسبب هو أول نتيجة يصل اليها المدين أو الغرض المباشرمن وراء الالتزام . مثال ذلك : عندما يبيع شخص عقاره لآخر فانه يقصد من هذا البيع الحصول علي الثمن . فالغرض المباشر من نقل ملكية هذا العقار هو الحصول علي الثمن [١]. وبالتالي يعتبر الحصول علي الثمن هو الغرض المباشر وحدة . واذا تعين الوقوف علي النحو عند النتيجة القريبة وحدها كانت هذه النتيجة واحدة في كل نوع من العقود فكل مشترى يقصد كسب ملكية المبيع وكل بائع يقصد الحصول علي الثمن . وهكذا كل عاقد في أي نوع من العقود ويظهر بهذا السبب واحد في كل عقد من نوع واحد . ولايعتبر في العقود ذات النوع الواحد بتغير ظروف العاقدين أو البواعث التي رفعتها الي ابرامة ويكون داخلا في العقد . ويعتبر جزءا في العقد . ويعتبر جزءا منه لاينفصل عنه ويمكن القول أنه يستخلص من عناصر العقد ولايكمن في شخص طرفيه من ناحية أخري [٢].

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ١٩٦.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ١٩٦ ، ١٩٧.

أما الباعث فهو الغرض المباشر الذي يقصد المدين الوصول اليه من وراء تحقيق السبب . أو هو الدافع الذي يسبق السبب في نفسية العاقد ويفسر وجوده . فالبائع الذي يبيع عقاره في المثال السابق للحصول علي الثمن فهذا هو السبب الالتزام ولكن لماذا يريد الحصول علي هذا الثمن فهذا هو الباعث . فقد يكون الباعث من الحصول علي الثمن شراء عقار آخر . أو استغلاله في التجارة أو سداد الديون. ويسمي بعض الفقه هذا الباعث سبب العقد ، ويقابلون بينه وبين سبب الالتزام ويختلف الباعث في نوع معين من العقود باختلاف الأحوال .فهو متغير يختلف من عقد الي آخر لأنه شخصى يتعلق بالعاقد وليس ماديا يتأسس علي مقومات العقد . وخارج من ثم عن دائرته . ويختلف عن السبب في هذه الخصائص الثلاث .

تحديد السبب في مختلف العقود:-

يختلف سبب الالتزام بحسب نوع العقد : فهو في العقود الملزمة للجانبين .غير العقود الملزمة لجانب واحد أو في عقود التبرع وسوف نعرض لذلك تفصيلا علي النحو التالي :-

أ- السبب في العقود الملزمه للجانبين :-

في العقود الملزمة للجانبين مثل عقد البيع وعقد الايجار

يحدد سبب التزام كل عاقد بأنه التزام العاقد الآخر . ففي عقد البيع مثلا سبب التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع هو التزام المشتري بدفع اثمن . وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وفي عقد الايجار سبب التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة بدفع الآجرة . غير أن البعض يذهب الي القول [١] أنه لاينبغي الوقوف بالسبب عند هذا الحد أي عند وجود الالتزام المقابل علي النحو السابق ذكره . لأن مايريده المتعاقدين ليس نشؤ الالتزام في ذمة العاقد الآخر . بل في الحقيقة تنفيذ هذا الالتزام . فالبائع لايقصد بالتزامه بنقل ملكية الشئ المبيع مجرد التزام المشتري بدفع الثمن . بل الحصول علي الثمن . وكذلك المشتري لايريد من التزامه بدفع الثمن مجرد التزام البائع بنقل ملكية المبيع . بل الحصول علي ملكيته . ويستطرد صاحب هذا الاتجاه في القول بأنه اذا أردنا الدقة فاننا نجد أن سبب التزام العاقد في العقد الملزم للجانبين هو تنفيذ الالتزام المقابل . ويري أن الوقوف بتحديد السبب في العقود الملزمة للجانبين علي هذا الوجه بأن التزام كل عاقد سبب

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى – المرجع السابق ص ١٩٧.

التزام العاقد الآخر يقتصر علي المعاوضات بداهة [١] .

السبب في العقود الملزمة لجانب واحد :-

يحدد السبب في هذا العقد عند تسليم الشئ محل الالتزام أي سبب التزام المتعاقد هو تسليمه الشئ محل الالتزام فسبب التزام المودع لديه في عقد الوديعة هو رد الوديعة . وكذلك الحال في عقد القرض والرهن الحيازي فان السبب هو تسليم مبلغ القرض أو الشئ المعار أو الشئ المرهون .

السبب في عقود التبرع :-

سبب التزام المتبرع هو نية التبرع . ففي عقد الهبة " الواهب يقصد التبرع للموهوب له. والمعير يقصد تقديم خدمة للمستعير .

السبب في العقود الاحتماليه :

في العقود الاحتماليه قد ينعدم المقابل كما هو الحال في الرهان الحائز قانونا . أو يكون تافها كما هو الحال في التأمين اذا تحقق الخطر فور ابرام العقد أو في الايراد المرتب لمدي الحياة

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ص ١٩٨ " يرى سيادته أن عقد عارية الاستعمال ملزم للجانبين ولكنه ليس معاوضة فالتزام المستعير يجد سببه فى رد العين ، أما التزام المعير سببه نية التبرع " .

اذا توفي الدائن عقب ترتيبه بزمن قصير يكمن سبب الالتزام في ضمان الخطر أو في أمر الكسب الذي يوفره العقد . والذي يكون من ثم مقابلا لهذا الالتزام .

شروط السبب :-

يتضح من نص المادتين ١٣٥ ، ١٣٦ مدني سالفا الذكر أنه يشترط أن يكون للالتزام سبب وهذا واضح من نص الماده ١٣٦ مدني " كل التزام لم يذكر له سبب في العقد ... الخ النص " كما يشترط أن يكون السبب مشروعا وهذا واضح أيضا من نص الماده ١٣٥ مدني"... مخالفا للنظام العام أو الآداب العامه ". ومن ثم نتناول هذين الشرطين كما يلي :-

١- وجود السبب :-

أشار نص الماده ١٣٦ مدني كما سبق أن ذكرنا الي وجود السبب في عجز النص " أن يكون الالتزام مبنيا علي سبب والا كان باطلا ". ولايكون للالتزام سبب في المعاوضة اذا هلك قبل قيامه الشئ محل الاللتزام المقابل نقل الشئ المبيع قبل البيع حتي يكون التزام البائع دون محل . والتزام المشتري بغير سبب . أو اذا كان العمل أو الامتناع عن عمل مستحيلا .وكذلك لايكون

للالتزام سبب اذا قام في مقابل شئ لم يسلم أو خدمة لم تؤد . أو اعترافا بدين قد انقضي أو في مقابل التزام تافه يعتبر سند المجاملة في العلاقات بين التجار مثالا شهيرا للالتزام الباطل لانعدام السبب ويقصد به أي سند المجامله آنها كمبيالة لايكون فيها المسحوب عليه القابل مدينا للساحب ، أو سندا اذنيا لايكون محرره مدينا للمستفيد . وليس في نية أيهما البته أن يكفل هذا المستفيد أو ذاك الساحب أو يتبرع له به . بل كل مايقصده توفير ائتمان له بقيمته عن طريق خصمه أو تظهيره . علي أن يقدم هذا الأخير قبل ميعاد الاستحقاق قيمة الورقة التجارية للمدين ليدفعها للحامل . انما لايمكن بداهة الاحتجاج ببطلان السند في مواجهة الحامل حسن النية [١]. وينعدم السبب في العقد الاحتمالي اذا انعدم احتمال الكسب أو الخسارة بالنسبة لطرفيه . كعقد التأمين [٢] علي بضائع من أخطار البحر اذا كانت السفينة التي تنقلها قد وصلت الي الشاطئ وقت ابرامه . وكعقد البيع اذا كان الثمن فيه ايرادا مرتبا مدي الحياة لاتزيد

---

(١) راجع د/ محسن شفيق - الوسيط فى شرح القانون التجارى ج ٢ فقرة ٧٠٠ ، د/ محمد صالح شرح القانون التجارى ج ٢ ص ٣٠٥.

(٢) راجع د/ جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٢٠٣.

قيمته علي ربع العقار المبيع . كما يشترط أن يكون السبب صحيحا . ويكون السبب غير صحيح اذا كان وهميا أو صوريا . ومثال السبب الوهمى أن يتخارج وارث مع شخص يعتقد أنه وارث ثم يتبين أنه غير وارث .أو أن يتفق الوارث مع موصي له علي اعطائه مبلغ من النقود تنفيذا للوصية ثم يتبين أن الموصي رجع في وصيته . فهنا يقع العقد باطلا في هذه الصورة . ومثال السبب الصوري أن سبب التزام كل من العاقدين في بيع صوري صورية مطلقة . أي آن السبب الصوري لايخفي ورائه سببا حقيقيا . ومثل ذلك اذا تعهد شخص بدفع دين علي أنه قرض ثم اتضح في حقيقة الأمر أنه دين قمار .

٢- مشروعية السبب :-

تناول المشرع هذا الشرط في الماده ١٣٥ :- "... اذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامه ". فيجب أن يكون السبب مشروعا أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب والاكان العقد باطلا . فمشروعية السبب تختلف وتتميز عن مشروعية المحل . فقد يكون محل الالتزام مشروع وسببه غير مشروع .فاذا اتفق شخص مع آخر علي ارتكاب جريمة في مقابل مبل من النقود يعطى له . كان محل التزام هذا الأخير مشروعا ولكن سببه هو التزام الأول

بارتكاب الجريمة غير مشروع بل اذا تعهد شخص لآخر بالامتناع عن ارتكاب الجريمة في مقابل مبلغ من المال . كل محل الالتزامين مشروعا :- الامتناع عن ارتكاب الجريمة ودفع مبلغ من النقود . ولكن سبب كل منهما غير مشروع . لأن سبب الالتزام يالامتناع عن ارتكاب جريمة هو الالتزام بدفع مبلغ من النقود. وسبب الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو الالتزام بالامتناع عن ارتكاب جريمة وكلاهما مخالف للنظام العام والآداب العامة[١].

اثباتالسبب:-

عالج المشرع اثبات السبب في الماده ١٣٧ مدني التي جاء نصها "كل التزام له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا مالم يقم الدليل .علي غير ذلك . ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتي يقوم الدليل علي مايخالف ذلك . فاذا قام الدليل علي صورية السبب . فيجب أن يكون فعلي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت مايدعيه". يتضح هذا النص العام من يقع عليه عبء الاثبات وطرق الاثبات ولايضاح ذلك يجب التفرقه بين حالتين :-

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٢٠٣.

الحالة الأولي : ذكر السبب في العقد :

في غالب الأحوال ما يذكر سند العقد سبب الالتزام . ففي العقود الملزمة للجانبين يذكر التزامات الطرفين . وفي العقود الملزمة لجانب واحد يذكر سبب التزام المدين . فيتضمن السند الذي يتعهد فيه المدين بدفع مبلغ من النقود بأن سبب هذا التعهد هو سبق قبضه المبلغ علي سبيل القرض في عبارة" القيمة وصلتنا نقدا " أو يذكر أن المبلغ وفاء لدين سابق طبيعي أو مدني أو هو تبرع . وعندئذ يدعي المدين أن السبب غير صحيح أي أن للالتزام سببا آخر . وآن السبب المذكور هو سبب صوري[1]. ويقع علي عاتقة اثبات السبب الحقيقي . ولن يتأتي له الاباتباع القاعدة الوارده في الماده ٦١ أثبات " لايجوز نقض ماهو ثابت بالكتابه الا بالكتابه. ولكن استثناء علي هذا الأصل . يجوز اذا إدعي المدين أن السبب المذكور في العقد هو سبب غير مشروع فالصورية تكون قد ارتكبت بقصد التحايل علي القانون . وهنا يجوز الاثبات بكافة الطرق . كما يجوز للمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد هو سبب مغلوط .ذلك أن الغلط واقعة مادية يجوز اثباتها بكل طرق الاثبات . وحاصل القول أنه اذا ذكر السبب في العقد فمقتضي ذلك

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٣٥.

أن يكون السبب الحقيقي وتلك قرينة قانونية بسيطة يجوز للمدين أن يهدمها باثبات صورية السبب [١] أو اثبات أنه وقع في غلط كما سبق أن أسلفنا في السبب الوارد بالعقد .

الحالة الثانية: اذا لم يرد ذكر السبب في العقد :-

قد لايرد ذكر لسبب في العقد . وهذا مايطلق عليه الفقه[٢] السند غير المسبب كأن يتعهد شخص بدفع مبلغ من المال لآخر . فهل هو تبرع أم قرض أم ثمن لشئ . هذا ويلاحظ أن عدم ذكر السبب لايترتب عليه البطلان . فاذا ادعي المدين أن الالتزام ليس له سبب كان عليه هو عبء اثبات عدم وجوده . وللمدين اثبات عدم وجود السبب بكافة طرق الاثبات . وحاصل القول أيضا في حالة عدم ذكر السبب في العقد فالمشرع هنا يفترض أن للالتزام سببا موجودا وأن للعقد سببا مشروعا . وعلي من يدعي العكس أن يثبت ما يدعية بكافة الطرق".

---

(١) راجع د/ أحمد سلامه – المرجع السابق ص ١٤١.

(٢) راجع د/ البدراوى – المرجع السابق ص ٣٣٧.

المبحث الرابع

جزاء الاخلال بأحد أركان العقد

"نظرية البطلان"

تمهيد:

تحدثنا سلفا عن اركان العقد الثلاثة وهي التراضي والمحل والسبب . وقد وضع المشرع جزاء علي تخلف الركن الاول والذي يطلق عليه البعض في الفقه شرط الصحة اذ الأهليه والتراضي من شروط الصحة . وهو البطلان النسبي أو القابلة للابطال أما المحل والسبب فهمنا ركنا الانعقاد ورتب المشروع علي تخلف أحدهما البطلان المطلق [١] ومن ثم نكون ايذاء جزاء ذو شق مزدوج هو البطلان المطلق والقابلية للإبطال . ومن ثم تأتي خطة الدراسة لهذا المبحث متناوله ماهية البطلان وحالاته وتمييزه عن غيره من الجزاءات الاخري . وتقرير البطلان ومن له التمسك به .ثم آثار البطلان كل في مطلب خاص علي النحو التالي :-

---

(١) راجع د/ السنهوري الوسيط نظرية العقد عرض وتقسيم للبطلان : الانعدام - البطلان المطلق - البطلان النسبي ص ٥٦٩ ونقد النظرية د/ محمود جمال الدين ذكي هامش ٢ ص ٢٢٠ المرجع السابق .

المطلب الاول

ماهية البطلان وتمييزه عن غيره

ماهيته:-

عالج المشرع المصري البطلان المطلق والنسبي بعد الحديث عن أركان العقد الذي أسلفناها وهي التراضي والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية. ويمكن القول بأن البطلان هو الجزاء المترتب علي تخلف ركن من أركان انعقاد العقد وعلي اختلاله [١] وينقسم البطلان الي مطلق ونسبي . ويقصد بالبطلان المطلق ألا ينعقد العقد . ولذلك يجوز لكل من المتعاقدين ولكل ذي مصلحة التمسك به ولايترتب عليه أي أثر . ولاتصح اجازته . اما البطلان النسبي أو القابلية للابطال فهو عقد صحيح ينتج كافة آثاره . ولكنه مهدد بالزوال . فاذا طلب صاحب المصلحة هذا الابطال وحكم به يعتبر العقد كأن لم يكن من يوم الانعقاد شأنه في ذلك شأن العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد القابل للابطال يكون من طرف واحد في العقد خصه المشرع بهذا البطلان . للواقع في غلط أو المكره أو ضحيه الاستغلال أو المغبون

---

(١) راجع د/ جميل الشرقاوى بطلان التصرف القانو٥٦ رسالة القانون ص ١٩٧.

. ويجوز اجازته بنزول صاحب الحق في طلب البطلان عنه . ويرجع الفقه التقليدي أساس التفرقه بين البطلان المطلق والنسبي الي أن الاول جزاء علي تخلف أحد أركان الانعقاد والثاني جزاء علي تخلف شرط الصحة غير أن انجاها في الفقه [١] يري أن أساس التميزبين البطلان المطلق والبطلان النسبي يقوم علي أساس المصلحة التي يقصدها المشرع من وراء البطلان . فاذا كانت هذه المصلحة عامة كان الجزاء هو البطلان المطلق . وان كانت مصالح خاصة بأحد المتعاقدين كان البطلان نسبيا . ولكن لم يسلم هذا الاتجاه الحديث من النقد . فذهب البعض[٢] الي أنه وان كان فيه جانب كبير من الصواب الا أن عيبه هو صعوبه التفرقة في بعض الأحوال بين مايتقرر لصالح الشخص ويقصد حمايته . وما يتقرر للصالح العام في بعض الأحوال هذا ويبين من التنظيم التشريعي لنصوص البطلان في التقنيين المدني المصري الجديد . أن التفرقه بين نوعي البطلان قائمة علي أساس تحليل عناصر العقد والتمييز بين شروط الانعقاد وشروط الصحة .

---

(١) راجع د/ الشرقاوى بطلان التصرف القانونى ١٩٥٦ رسالة القانون ص ٢١٠.

(٢) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٤٤ بند ٢٦١.

حالات البطلان :-

هناك أحوال للبطلان تستفاد من القواعد العامة للبطلان المطلق والبطلان النسبي . وهناك أحوال أخري متفرقه في نصوص القانون المدني تجمع أيضا بين البطلان المطلق والنسبي . وسوف نعرض لهذه الأحوال تفصيلا علي النحو التالي :-

أولا : أحوال البطلان طبقا للقواعد العامة:-

يقصد بهذه الاحوال . حالات البطلان المطلق وحالات البطلان النسبي كما نظمها المشرع وسوف نعرض لكل منها علي حدة :-

أ- حالات البطلان المطلق

يلحق البطلان المطلق أحد شروط العقد التي سبق ان ذكرناها سلفا وهي وجود التراضي والمحل والسبب بكافة شرائطها القانونية مضافا اليها الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية ومن ثم تكون حالات البطلان المطلق كما يلي :-

١-تخلف الشكل في العقود الشكلية . أي تخلف الشكل القانوني الذي اشترطه المشرع لانعقاد العقد مثل الرسمية في الهبة لاينعقد الهبة الا اذا كانت بورقة رسمية . وكذلك الرهن

الرسمي لاينعقد الابالشكل الرسمي وهكذا.

٢- عدم وجود سبب للالتزام وعدم مشروعية السبب في العقد.

٣ - عدم وجود المحل أو عدم توافر شروطه بأن كان غير معين أو غير قابل للتعامل أو غير مشروع .

٤ - عدم وجود الرضا وهذا يرجع إما لعدم تطابق الارادتين أو لأن أحد المتعاقدين غير مميز.

٥ - عدم وجود ركن التسليم فى العقود العينية .

ب - حالات البطلان النسبى :

كما سبق القول أن العقد الباطل بطلانا نسبيا أو قابلا للابطال يكون فى أحد الفروض التالية :

اذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو كان هناك عيب بعيب الارادة وهذه العيوب كما سبق أن أشرنا اليها سلفا وهى الغلط - التدليس - الاكراه - الاستغلال .

ثانيا: أحوال خاصة للبطلان

بإمعان النظر فى نصوص التقنين المدنى المصرى الجديد نود

الاشارة إلى أن هناك حالات متفرقة فى هذه النصوص منها ما يقرر البطلان المطلق ومثل ذلك : بطلان شراء رجال القضاء وأعضاء النيابة العامة جميع الحقوق المتنازع عليها والتي يدخل النظر فيها للجهة القضائية التي يعملون بها . وكذلك الحال فى تعامل المحامين مع موكليهم فى الحقوق التي يدافعون عنها [١]. ومنها ما يقرر البطلان النسبى مثل ابطال بيع النائب لنفسه وشراء السماسرة والخبراء لأنفسهم الأشياء المعهود اليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها[٢]، وقابلية بيع ملك الغير للابطال وأن البطلان النسبي لبيع ملك الغير [٣].

تمييز البطلان عن غيره من النظم الأخرى :

يتميز البطلان عن بعض النظم مثل عدم نفاذ العقد - الفسخ العقد القابل للابطال عن العقد الموقوف وسوف نعرض لكل هذه النظم كما يلي :

١ - تمييز البطلان عن عدم نفاذ العقد :

يقصد بعدم نفاذ العقد عدم سريانه أو عدم الاحتجاج به أو

---

(١) انظر المادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ مدنى مصرى .
(٢) انظر المادتين ٤٧٩ ، ٤٨٠ مدنى مصرى .
(٣) انظر المادة ٤٦٦ مدنى مصرى .

عدم نفاذه فى مواجهة الغير . فالبطلان هو جزاء لعدم تكوين العقد . ويترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن سواء بين المتعاقدين أو الغير . أما عدم النفاذ . فهو جزاء مقصور على غير المتعاقدين أى أن العقد يكون صحيحا بين طرفيه ولكن لا يعتد به فى مواجهة الغير . وأبلغ مثال على ذلك العقد الصورى . فهو عقد صحيح بين طرفيه ولكنه لا يحتج به فى مواجهة الغير حسن النية .

٢ - البطلان والفسخ :

أسلفنا أن البطلان جزاء علي إختلال أركان الانعقاد أى هو سبب معاصر لابرام العقد أما الفسخ فهو حل للرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه أى أن العقد فى الفسخ نشأ صحيحا ولكن هناك واقعة طارئة وليست معاصرة لابرامه أدت إلى طلب الفسخ .

٣ - تميز العقد الباطل بطلانا نسبيا عن العقد الموقوف:

العقد الباطل بطلانا نسبيا عقد صحيح منتج لآثاره القانونية إلا أنه عقد مهدد بالزوال . إذا تمسك بسبب الابطال من تقرر لصالحه هذا السبب أما العقد الموقوف . فهو عقد لا ينتج أى أثر

حتى يتم اقراره من غير المتعاقدين ومثاله العقد الصادر من ناقص الأهلية . فهو يظل موقوفا على اقرار الولى أو الوصى . فإن أقره نفذ وان لم يقره بطل(١).

الفرق بين نوعى البطلان

يذهب الفقه إلى أن بين نوعى البطلان فارق هام(٢) يقوم على انعدام الوجود القانونى للعقد الباطل وتوافره فى العقد الباطل بطلانا نسبيا . فالعقد الباطل ليس له وجود قانونى أي عقد منعدم ولا ينتج من ثم أثره . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد قائم أمام القانون الى أن يحكم بالبطلان . فيزول هذا الوجود القانونى . ويرتد زواله إلى وقت انعقاد العقد . ويترتب على هذا الفارق الجوهرى ما يلى :

أ - لا يحتاج البطلان المطلق الى حكم يقرره . واذا قام صاحب المصلحة فى طلبه كان للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . اما البطلان النسبي لا يجوز التمسك به الا من صاحب المصلحة ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٤٠.
(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٣٤٨.

ب - البطلان المطلق لا ترد عليه الاجازة ولا يزول بالتقادم على خلاف فيه [١]، وان كانت الدعوى بالبطلان تسقط بالتقادم . اما البطلان النسبي يزول بالتقادم ويرد عليه الاجازه .

المطلب الثانى

تقرير البطلان

تمهيد

سبق أن أسلفنا أن العقد الباطل هو والعدم سواء من الناحية القانونية ويلزم لتقريره رفع دعوى بذلك لاعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد . وهذا يعود الى أن الناحية العملية فى ابرام العقد قد ترتب مظاهر معينة للعقد يتعذر بالطريق الودى ازالة هذه المظاهر . ومن ثم يجد الشخص نفسه مضطرا اما إلى رفع دعوى مبتدأه بالبطلان أو تكون هناك دعوى قائمة بخصوص تنفيذ العقد يمكنه التمسك به بطريق الدفع أي وقف تنفيذ العقد وهذه مسائل عامة تحتاج إلى تفصيل تقرير البطلان بإثارة مسائل هامة منها من له حق التمسك به وهل يزول البطلان بالاجازة أو التقادم أم لا فى كلا

---

(١) انظر نقض مصرى ١٩٥٨/٢/٢٧ مجموعة محكمة النقض السنة ٩ ص ١٦١ رقم ١٩.

النوعين . ولذلك نجد أنفسنا أمام أمر لا مفر منه وهو الوقوف على تفصيلات هذا الاجمال .

اولا : من له حق التمسك بالبطلان

أ - فى حالة البطلان النسبى " القابلية للابطال "

لما كان البطلان النسبى يتقرر لصالح أحد طرفى العقد أى الطرف الذى يعتوره نقص الأهلية أو من يمثله قانونا [١]، أو من شاب ارادته عيب من عيوب الارادة التي أسلفناها وهى الغلط - التدليس - الاكراه - الاستقلال ويستطيع الخلف العام لهؤلاء التمسك بهذا البطلان النسبى . فورثة ناقص الأهلية يخلفونه فى طلب ابطال العقد [٢]. كما يجوز لدائنى المتعاقد طلب ابطال العقد باسم مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة ومن هنا يمكن القول بأن المتعاقد الآخر فى العقد القابل للابطال لا يجوز له التمسك بهذا البطلان النسبى ".

ويذهب البعض فى الفقه [٣]، إلى القول " أنه إذا فرض وكان

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٤٨.

(٢) أنظر نقض مدنى مصرى ١٩٥٨/٢/٢٧ مجموعة محكمة النقض السنة ٩ ص ١٦١ رقم ١٩.

(٣) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٤٩.

لكل من المتعاقدين في عقد ما طلب البطلان النسبى كما لو كان كل منهما قاصر فان البطلان يظل نسبيا ويخضع لأحكام هذا البطلان النسبى . ولا يجوز للغير الذى يحتج عليه بالعقد الباطل بطلان نسبى التمسك بهذا البطلان . ومثال ذلك " لا يجوز للمشترى فى حالة طلب الشفعة التمسك بقابلية العقد سند الشفعة للابطال توصلا الى طلب رفض دعوي الشفعة " . أما الخلف الخاص فيجوز له التمسك بالابطال اذا كان المتعاقد قد نقل له عينا كان قد سبق أن تصرف فيها بعقد قابل للابطال . إذ يعتبر أنه نقل للمشترى تبعا للعين حقه فى طلب ابطال البيع الأول . وعلى اعتبار أن دعوى الابطال هى من مكملات الحق الذى تلقاه الخلف الخاص [١]. ومما يزيد القول وضوحا فى حالة البطلان النسبى أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولكن يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف مالم يكن قد نزل عن صاحب الحق صراحة أو ضمنا ٠ على أنه من غير الجائز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض [٢].

---

(١) راجع د/ البدراوى عقد البيع ص ٤٠٢ بند ٢٦٠.
(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٣٤/١٢/٢٠ مجموعة عمر جـ ١ ص ٥٠١ رقم ٢١٣.

ب - فى حالة البطلان المطلق :

أوضح نص المادة ١٤١ مدنى فقرة أولى من له التمسك بالبطلان المطلق فجاء النص كما يلى " اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان . وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة ".

فيتضح اذن من هذا النص أنه يجوز لكل صاحب مصلحة التمسك بهذا البطلان أمام القضاء بشرط أن يكون له مصلحة فى تقرير ذلك البطلان المطلق [١] . وهذه المصلحة قد تتوافر لكل من المتعاقدين أو أحدهما . وينسحب ذلك على الخلف العام والخلف الخاص والدائنون . ويجوز للغير الذى يتأثر بوجود هذا العقد الباطل التمسك بهذا البطلان أيضا ومثال ذلك " اذا رفعت دعوى استرداد ملكية من حائز العقار . وتمسك المسترد في اثبات الملكية له بعقد بيع صادر له من المالك الحقيقي . فهنا يجوز للحائز التمسك ببطلان هذا العقد . لأنه له مصلحة في دعوي الاسترداد . ولكن كيف يتم التمسك بهذا البطلان ؟ في واقع الأمر أن البطلان المطلق من الناحية القانونية لاوجود له أي أنه عدم . ويتصور التمسك به من خلال الدعوي أمام القضاء لتقرير هذا

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٤٧.

البطلان أو يتم التمسك به في صورة دفع بذلك . ومما هو جدير بالذكر أن البطلان المطلق يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوي حتي ولو أمام محكمة الاستئناف أو أمام محكمة النقض اذا تعلق الأمر بالنظام العام . وعلي المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها اذا تبين لها ذلك البطلان أثناء نظر الدعوي . حتي ولو يطلبه الخصوم .

ثانيا : الاجازة والتقادم :

نصت المادة ١٣٩ مدني " يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية . وتستند الاجازه الي التاريخ الذي تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير " ثم جاء نص الماده ١٤٠ مدني " يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية أو التدريس من اليوم الذي ينكشف فيه . وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه . وفي كل الأحوال لايجوز التمسك بحق الابطال للغلط أو التدليس أو الاكراه اذا أنقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

من سياق هذا التشريع سالف الذكر نستطيع استنباط الآحكام التالية : أن الاجازة ترد علي العقد القابل للابطال أي علي

العقد الباطل بطلانا نسبيا دون العقد الباطل بطلانا مطلقا كما أن الحق في طلب الابطال يسقط بالتقادم أي اذا لم يتم التمسك به خلال ثلاث سنوات . وتحسب المدة في حالة نقص الاهلية من يوم زوال السبب. وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه . وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه - وفي جميع الأحوال اذا مضي خمس عشرة سنة علي تمام العقد . ومن ثم لابد لنا من التعرض تفصيلا للاجازة والتقادم كل علي حدة للوقوف علي أحكام البطلان النسبي والمطلق

أ- الاجازة:-

ماهية الاجازه وشروطها وشكلها :-

يعرف الفقه [١] الاجازه هى نزول من جانب من تقرر لصالحه البطلان النسبي عن التمسك بالحق في البطلان النسبي أو كما يعبر عنها البعض الآخر بأنها تصحيح للعقد برفع العيب الذي يلحقه [٢] فهي اذن تصرف قانوني من جانب واحد ينتزل به العاقد عن حقه في طلب ابطال العقد . ولاترد الاجازه بذلك التحديد علي العقد

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٥١.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق ص ٢٢٢.

الباطل لان العقد الباطل معدوم ولايمكن لأحد طرفيه أن ينشأ من العدم عقدا . كما أن المشرع نص علي عدم جواز زوال هذا البطلان المطلق بالاجازة (١) . وحتي يعقد بالاجازة علي هذا النحو فانه لابد من توافر الشروط التالية :-

١- يشترط أن تكون بصدد عقد باطل نسبيا . لأن العقدالباطل بطلانا مطلقا كما أوضحنا سلفا هو عقد معدوم .

٢- يجب أن يكون صاحب الحق في الاجازه علي علم بالعيب ويقصد النزول عن الاحتجاج به. فاذا نفذ العقد القابل للابطال دون علم منه بالعيب الذي شابه . فلا يمكن القول أن تنفيذ العقد مهما طالت مدته كان بمثابة اجازه ضمنيه له (٢).

٣- يجب أن تصدر الاجازه في وقت يكون فيه العيب الذي شاب العقد قد اختفي . ذلك أنه اذا صدرت الاجازه والعيب مازال موجودا كانت الاجازة ذاتها معيبة بالعيب ذاته. وبعد اتمام هذه الشروط فما هو شكل الاجازه ؟ في حقيقة الأمر لم يشترط المشرع المصري شرطا معينا في شكل الاجازة فهي باعتبارها تعبيرا عن

---

(١) أنظر المادة ١٤١ مدني مصرى .

(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٥٣١ هامش ١ " نقض فرنسى عرائض ١٩٨٨/١٢/٣ .

الاراده يمكن أن تتخذ مظهر صريحا وهذا ما يطلق عليه الاجازة الصريحة . واما أن تظهر في شكل شفوي وما يعبر عنه بالاجازة الضمنية . فالاجازة الصريحة هي التي يعبر عنها مباشرة في النزول عن التمسك بالابطال . أما الاجازة الصمنية . تستخلص من سلوك العاقد ذي المصلحة يفيد نزوله عن التمسك بالابطال . سواء تجسم هذا السلوك في عمل مادي [١] أو في تصرف قانوني وتخضع الاجازه باعتبارها تصرفا قانونيا للمبادئ العامة في التصرفات القانونيه من وجوب توافر الأهليه في المجيز وسلامه ارلدته من العيوب وتقترض الاجازه العلم بالعيب الذي يصيب العقد وتوافر النية لدي المجيز في رفعه [٢].

أثر الاجازة :-

نصت الماده ١٣٩ مدني "..... وتستند الاجازة الي التاريخ الذي تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير". يفهم من هذا النص أن للاجازة أثرا رجعيا بشرط عدم الاخلال بحقوق الغير . وتتضح فكرة الأثر الرجعي للاجازه من خلال أن الاجازة لم تصحح العقد القابل للابطال وانما تؤدي الي ازالة الخطر الذي كان يتهدد

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكي - المرجع السابق ص ٢٢٤.
(٢) راجع مارتي وينو جـ ٢ فقرة ٢٠٢.

العقد . فهي تأييد لعقد صحيح كان مهددا بالزوال . ويترتب علي ذلك أن جميع ما يترتب علي العقد من آثار تستقر وتتأيد نهائيا فيما بين الطرفين أما شرط عدم الاضرار بالغير . فما هو الغير في هذا الصدد ؟ يقصد بالغير هنا الخلف الخاص للمتعاقد صاحب الحق في التمسك بالابطال أي من تلقي منه حقا علي مال معين [١]. ويعلق أستاذنا الدكتور / محمود جمال الدين ذكي[٢] علي هذا القول بان للاجازه أثر رجعيا بشرط عدم الاضرار بالغير أن ذلك فيه تجاهل لطبيعة البطلان النسبي ومعني اجازته . فالاجازة ليست الاسوي نزول بابطال العقد . أما العقد القابل للابطال فقد انتج كل آثاره القانونية من يوم ابرامه فتقرير البطلان . وليس الاجازة هو الذي يكون له أثرا رجعيا لأنه يزيل الآثار التي رتبها العقد قبل حصوله . علي أن الماده ١٣٩/ ٢ سالف الذكر أوردت تحفظا " عدم الاخلال بحقوق الغير ". ويفترض هذا التحفظ أن هناك عقدا مع الغير أبرمه العاقد ذي المصلحة في الابطال يتضمن انصراف ارادته الي التمسك به . ويقضي به . وقضي بأن الاجازة اللاحقه لاتخل بالحق الذي كسبه الغير ولكنه لايتفق مع

---

(١) راجع د/ البدراوي المرجع السابق ص ٣٥٤.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكي ، ص ٢٢٤.

قواعد البطلان النسبي . التي لاتعوق الوجود القانوني للعقد الذي يشوبه بحيث ينقل الملكية أو يرتب الرهن طالما لم يتقرر ابطاله ولو كان البائع أو الراهن قاصرا . بحيث يعتبر التصرف الذي يمر على هذا علي الشئ الذي كان موضوعا له صادرا عن غير مالك . فالحكم الوارد في الماده ١٣٩ /٢ مؤديا الي سلامته تمليه الرغبه في احباط الغش الذي تنطوي عليه اجازة العقد بعد التصرف مع الغير علي تقدير التمسك بابطاله .

ب- التقادم :-

يختلف أثر التقادم في البطلان المطلق عنه في البطلان النسبي فبينما التقادم لايسقط في البطلان المطلق سوي دعوي البطلان فقط . فان البطلان النسبي يزول بالتقادم قصير المدة " ثلاث سنوات وسوف نعرض لأحكام التقادم في كلا النوعين من البطلان :-

١ - التقادم فى البطلان النسبى :

نصت علي ذلك الماده ١٤٠ مدني " يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ويبدأ " سريان المدة في حالة نقص الأهلية من يوم زواله وفي حالة الغلط والتدليس

من يوم انكشافه . وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه . وفي كل الأحوال لايجوز التمسك بحق الابطال للغلط أو التدليس أو الاكراه اذا انقضت خمس عشرة سنه من وقت تمام العقد ".

يتضح من سياق هذا التشريع سالف الذكر أن البطلان النسبي أو القابلية للابطال يزول بأقصر المدتين ثلاث سنوات من زوال العيب أو ظهور أو خمس عشرة سنه من وقت تمام العقد . ويصبح العقد بعدها صحيحا لايجوز ابطاله سواء عن طريق الدعوي أو الرفع . فقد ارتفع عنه العيب الذي كان يهدد بزوال بصفة نهائية . استثناء مما تقدم حالة القابلية للابطال لنقص الأهلية فلايزول الايمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب .لأن الماده ١٤٠ /٢ مدني لايشمله وعلي ذلك اذا كان نقص الأهلية يرجع الي سفه أو غفله لايسقط الحق في التمسك بابطالة الا بمضي ثلاث سنوات علي رفع الحجز عن السفيه أو ذي الغفله مهما طالت المدة علي ابرام العقد . وللتقادم أثرا رجعيا فتتأكد صحة العقد منذ ابرامه . ويكون له هذا الأثر مطلقا في حق الغير علي خلاف الأثر الرجعي للاجازه فاذا باع قاصر عقارا ثم رتب عليه حقا عينيا بعد بلوغه . تخلص مع ذلك ملكية العقار للمشتري اذا للبطلان النسبي بالتقادم .غير مثقلة بالحق العيني الذي رتبه البالغ .

والحقيقة كما لاحظنا أن طبيعة البطلان النسبي الذي لايمنع العقد في هذه الحالة من نقل الملكية الي المشتري . بحيث يكون الحق العيني الذي رتبه البائع بعد ابرامه صادرا عن غير مالك ويؤدي التقادم الي استقرار هذه النتيجة . بعد أن كانت مهددة بالزوال . وتصبح نهائية بعد ان كانت مؤقته(١)،(٢)

٢- التقادم والبطلان المطلق :-

جاء نص الماده ٢/١٤١ مدني " تسقط دعوي البطلان بمضي خمس عشره سنه من وقت العقد "يفهم من هذا النص أن دعوي البطلان المطلق شأنها كشأن سائر الدعاوي تخضع للتقادم الطويل بمضي خمس عشرة سنه علي اتمام العقد . والذي يسقط هو الدعوي بالبطلان في حالة تنفيذ العقد . اذ يسعي من نفذه الي تقرير البطلان بحكم توصلا الي استرداد ما قد تم تنفيذا للعقد فعندئذ لايجوز رفع الدعوي بعد مضي خمس عشرة سنه من تاريخ العقد . فمثلا اذا نفذ عقد البيع الباطل ثم أراد البائع أن يتمسك بالبطلان

---

(١) راجع د/ السنهوري جـ ١ فقرة ٣٣٣ ، د/ حشمت أبو ستيت فقرة ٢٧٣ ، د/ محمود جمال الدين ذكى ، ص ٢٣٤.

(٢) راجع د/ سليمان مرقص بند ٢٤٣ ص ٣٠٤ ، د/ اسماعيل غانم مصادر الالتزام ١٩٧٣ ص ٢٨٦ . عكس ذلك د/ السنهوري جـ ١ بند ٣٢٠ ، د/ الصده بند ٢٥٢ ، د/ أنور سلطان جـ ١ بند ٢٤٢.

في دعواه لاسترداد المبيع أو المشتري في دعواه لاسترداد الثمن لم تسمع الدعوي اذا رفعت بعد خمس عشرة سنه [١] أما اذا لم يكن العقد قد نفذ ثم طالب أحد المتعاقدين الآخر بالتنفيذ . وكان قد مضي علي انعقاد العقد خمس عشرة سنة أو أكثر فانه يكون للمدعي عليه التمسك بالبطلان لرفع هذه الدعوي تطبيقا لمبدأ أبدية الدفوع [٢] فالدفع بالبطلان لايسقط أبدا أما الدعوي هي التي تسقط بالتقادم . وهكذا نري أن أبديه الدفع بالبطلان المطلق لاخلاف عليها عكس الحال في البطلان النسبي .

(١) راجع د/ سليمان مرقص بند ٢٣٤ ص ٣٠٤ ، د/ اسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ١٩٧٣ ص ٢٨٦ عكس ذلك د/ السنهوري جـ ١ بند ٣٢٠ د/ الصده بند ٣٥٢ – د/ أنور سلطان جـ ١ بند ٢٤٢.

(٢) راجع د/ البدراوي المرجع السابق ص ٣٥٩ بند ٢٧٣.

المطلب الثالث

آثــار البطــلان

تمهيد:

اذا كان العقد باطلا أوقابلا للابطال وتقرر هذا البطلان أو الابطال فانه يعتبر والعدم سواء. ولاينتج أي آثار قانونية. ويزول كل أثاره القانونية منذ إبرامه ويعاد المتعاقدين الي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أي بمقتضي القاعدة المعروفه أن للبطلان أثر رجعيا . ولايقتصر الأثر الرجعي علي العاقدين وانما يمتد في مواجهة الغير . الذي يضار من هذا الأثر الرجعي . ومن ثم فقد خفف المشرع المصري من غلوا هذا المبدآ آي فكرة الأثر الرجعي سواء مابين المتعاقدين باعتبار أن العقد بينهما ينتج بعض الآثار العرضية باعتباره واقعة مادية وليس عقدا .كما خفف أيضا من غلواء الفكرة بالنسبة للغير حسن النية حماية لاستقرار المعاملات باعتبار العقد ينتج آثارا أصلية . ومن هنا تأتي دراسة أثار دراسة آثار البطلان فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير .

أولا : أثر البطلان بين المتعاقدين :-

لقد وضع المشرع القاعدة العامه في أثر البطلان في الماده ١/١٤٢ مدني وهي الخاصة باعادة المتعاقدين الي ما كان عليه قبل التعاقد ثم وضع استثناء علي ذلك الفقره الثانيه من ذات النص وهو استثناء خاص بناقص الآهلية وهو قصر التزامه بالرد علي حدود المنفعه التي عادت عليه. ثم أوضح آثارا عرضية للعقد ليس باعتبار عقدا أو تصرفا قانونيا وانما باعتبارها واقعه مادية وهي مايسمي بنظرية تحول العقد الباطل وانتقاص العقد . وسوف نعرض فيما يلي للقاعدة العامة والاستثناء ثم للآثار العرضية للعقد . وذلك علي النحو التالي :-

١- القاعدة العامة :" اعادة المتعاقدين الي ما كان عليه قبل التعاقد :-

يترتب علي البطلان كما سبق أن ذكرنا زوال جميع الاثار التي ولدها العقد بين طرفيا منذ قيامه . وهي ظاهرية في العقد الباطل وحقيقية في العقد القابل للابطال قبل تقريره لأن هذا العقد قد اندثر منذ بدايته . ويعتبر كأن لم يكن آصلا . بحيث يعاد المتعاقدين الي الحالة كانا عليها عليا قبل التعاقد . أي

كآن التعاقد لم يتم أبدا[١]. فاذا كان العقد قد نفذ كليا أو جزئيا يجب علي كل عاقد رد ما تسلمه ففي عقد البيع يرد المشتري المبيع وثمراته من يوم المطالبه القضائية ويرد البائع الثمن وفوائده القانونية من يوم المطالبه القضائية لذلك[٢] اما إذا استحال هذا التنفيذ العيني . جاز الحكم بتعويض عادل طبقا لما ورد في الماده ١/١٤٢ مدني "..... جاز الحكم بتعويض عادل ". ويقصد بالاستحالة هنا الشئ الذي لا يمكن معه والحال كذلك رد مثل عمل قدم اليه بموجب عقد العمل أو المقاولة أو منفعه حصل عليها بمقتضي ايجار أو منفعة .فهنا يحكم بتعويض عادل أي تعويض يعادل قيمة العمل أو هذه المنفعة دون التقيد بالأجر المتفق عليه لقاء العمل أو الآجرة المتفق عليها مقابل المنفعة[٣].

استثناء علي القاعدة العامة " قصر التزام ناقص الاهلية بالرد في حدود المنفعة التي عادت عليه ".

اذا تقرر ابطال العقد لنقص أهلية أحد العاقدين لايكن ناقص الأهلية ملزما بأن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى المرجع السابق ص ٣٣٩ بند ١٣١.

(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ ٢ فقرة ٣٣٧ " وذلك الا اذا كان العاقد سئ النية " .

(٣) راجع بلانيول وريبيو جـ ٦ فقرة ٣٢١.

العقد . ويذهب الفقه [١] الي أن هذا الاستثناء لايعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة في رد غير المستحق قصد به حماية ناقص الأهليه وتقضي قواعد التفسير في القياس من باب أولي إنطباقه علي عديمي الأهليه وتتحقق منفعة ناقص الأهلية بما تسلمه اذا أنفقه في أوجه نافعا كما لو كان قام بوفاء دين مستحق عليه أو اشتري منزلا أو قطعة أرض . وتعتبر ذمته قد دخل فيها هذه المنفعة حتي ولو هلك الشئ المشتري أو نقصت قيمته بعد الشراء [٢] ويقع علي عاتق طالب الرد عبء الاثبات طبقا للقواعد العامة . أي عليه اثبات عودة منفعة علي ناقص الأهلية بما تسلمه.

٢- العقود الزمنية :

لما كان العقد الزمني كما سبق أن أوضحنا سلفا أساسه عنصر الزمن . ومن ثم يستحيل تطبيق فكرة الأثر الرجعي هنا علي هذه العقود لأنه يستحيل اعادة الزمن فما مضي من الزمان لايعود . ففي عقد الايجار يستحيل ازالة الانتفاع الذي تم . وعندئذ يلتزم المؤجر بتعويض المستأجر عن هذا الانتفاع .

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٢٤٠ .
(٢) راجع د/ بهجت بدوى - فقرة ١٦٣.

وهذا التعويض ليس أجرة اذ العقد باطل . ولكنه تعويض مصدره الأثراء علي حساب الغير دون سبب.

٣- القيد الناشئ من حيازه أحد الطرفين :-

اذا تقرر ابطال العقد وبالتالي انتقال الحيازة من أحد الطرفين الي الآخر . فان هذه الحيازة قد تنشئ آثارا تحد من الآثر الرجعي للبطلان . فالحائز حسن النيه يحتفظ بالثمار طبقا للماده ١/١٨٥ مدني " اذا كان من تسليم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد - الا ما تسلم دون الفوائد والثمار الا من يوم رفع الدعوي.

الآثارالعرضية:-

ينتج عن آثار البطلان عدم وجود قانون للعقد . ولكن المشرع تحقيقا لغلواء هذا المبدأ جعل العقد حماية لاستقرار المعاملات أن ينتج بعض الآثار العرضية ليس لاعتبارة عقدا أو تصرفا قانونيا انما باعتباره واقعة مادية . وسوف نعرض لهذه الآثار العرضية في صورتين : الاولي : تحول العقد الباطل . والثانية : انتقاص العقد الباطل.

أ- تحول العقد الباطل :

جاء النص علي هذا التحول للعقد الباطل في عجز الماده ١٤٤ مدني اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر .فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الي ابرام هذا العقد ". يتضح من هذا النص أن المشرع أخذ بنظرية تحول العقد والتي يقصد بها أن العقد الباطل اذا تضمن رغم بطلانه أركان عقد آخر . فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه . متي اتضحت أن نية المتعاقدين كان تنصرف اليه لو علما بذلك . فيشترط اذن لتحول العقد مايلي:-

١- لابد من وجود عقد باطل.

٢-أن يتضمن هذا العقد الباطل جميع عناصر عقد غيره .

٣- انصراف نية المتعاقدين الاحتمالية الي ابرام هذا العقد الأخير لو علما ببطلان هذا العقد الذي أبرماه فعلا .

ومثال ذلك " اذا كان عقد البيع باطلا لتفاهة الثمن فانه يعتبر هبه صحيحة اذا أنصب في ورقة رسمية وتوافرت نية

التبرع لدي البائع . والقسمة الباطلة لنقص الأهلية لأحد المتقاسمين تعتبر قسمة مهايأة صحيحة . والوصية الباطلة قد تعتبر عدولا عن وصية سابقة [١] ولا محل لتحول العقد الا اذا كان العقد الأصلي باطلا بأكملة . آما اذا كان العقد باطلا في جزء منه وكان قابلا للانقسام فانه يخضع لنظرية الانتقاص أي الصورة الثانية وهي الوارده في الماده ١٤٣ مدني

ب- انتقاص العقد :-

ورد النص علي ذلك في عجز الماده ١٤٣ مدني " اذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله ".

عالج المشرع في هذا النص حالة البطلان الجزئي [٢] أي أن البطلان قد لايشمل العقد بأكمله . وانما يقع في بعض شروطه أو أحد بنوده . وعندئذ يقتصر أثر البطلان علي الشرط الباطل أو الشق الباطل وينقص العقد . وهذا ما يطلق عليه الفقه " انتقاص العقد

---

(١) راجع د/ السنهوري - الوسيط جـ ١ فقرة ٣٠٦ ، د/ حشمت أبو ستيت فقرة ٢٨٠.
(٢) راجع د. البدراوي - المرجع السابق ص ٣٦٥ بند ٢٧٩.

ويقوم هذا الحكم علي تفسير ارادة المتعاقدين . بحيث أنه لو اتضح أن تجزئة العقد تتعارض مع مقصودهما فإن العقد يكون باطلا بطلانا كليا مطلقا أي ليس بطلانا جزئيا في هذه الحالة ويقصد بانتقاص العقد علي هذا النحو أن الشق الباطل وحده الذي يبطل ويبقي العقد في شقه الصحيح مالم يتبين أن الشق الأول لاينفصل جملة عن العقد . فهنا يبطل العقد بأكملة ولنسوق المثال التالي لايضاح نظرية الانتقاص اذا كان العقد هبه مقترن بشرط غير مشروع . فتصح الهبة ويبطل الشرط . مالم يكن هذا الشرط هو الدافع الي التبرع فتبطل الهبة كلها . ولقد وضع المشرع جزاء علي الانقاص وهو الرد الي الحد المشروع وأبرز تطبيقات هذا المبدأ هو أنه عند الاتفاق علي فائدة تزيد علي الحد الأقصي المقرر قانونا . فننقص الفائده الي الحد القانوني دون ابطال العقد . وكذلك الحال في زيادة سعر البيع علي الحد الأقصي المقرر قانونا طبقا لقوانين التسعيرة الجبرية . أو تجاوز الحد الأقصي للايجار سواء في مجال الآراضي الزراعية أو مجال المباني . فهنا يجب الإنتقاص دون حاجة الي اثبات اتجاه نية المتعاقدين اليه بل وحتي لو ثبت العكس [1].

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٦٢ بند ٢٨٠.

ثانيا :أثر البطلان للغير :-

ماذا يقصد بالغير في هذا الصدد . هل هو شخص أجنبي عن العقد ؟ أم أنه شخص تلقي من المتعاقدين حقوقا متعلقة بهذا العقد؟ لاشك أن المعني الأخير هو المقصود في هذا الصدد . ويعتبر غير في هذا الصدد بعبارة أوضح الخلف الخاص للمتعاقدين . أي تلقي ملكية الشئ محل العقد الباطل أو من تقرر له حقا من الحقوق علي هذا الشئ . فهل هذا الغير يسقط حقه نتيجة هذا البطلان وهل تنطبق فكرة الأثر الرجعي بأكملها في هذا المجال؟

في واقع الأمر لقد عالج المشرع هذه الآثار السلبية لفكرة الأثر الرجعي التي تضر حسن النية وخفف من غلواء هذه الفكره تحقيقا لاستقرار المعاملات وحماية للثقة المشروعة والائتمان وجعل للعقد آثارا أصلية رغم فكرة الأثر الرجعي استثناء علي قاعدة إعادة المتعاقدين الي ماكانا عليه قبل التعاقد .فالبطلان ينتج أثره ليس فقط في مواجهة طرف العقد ولكن بالنسبة للغير أيضا . وهذه الاستثناءات نذكرها علي النحو التالي :-

١- بالنسبة للرهن الرسمي :-

تناول المشرع ذلك في عجز الماده ١٠٣٤ مدني " يبقي قائما

لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغائه أو زوالة لأي سبب آخر اذا كان الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن ". يفهم من هذا النص سالف الذكر أن الرهن الرسمي الذي يترتب لصالح الدائن المرتهن حسن النية علي العقار ببطلان التصرف الذي تملكه الراهن بمقتضاه . بل يعود العقار الي ملكية المتصرف مثقلا به[١] .

٢- عقود الادارة :

أخص هذه العقود عقد " الايجار " . فتظل هذه العقود قائمة ولاتسقط رغم بطلان سند من صدرت منه. مادامت من أعمال الادارة الحسنه بأن كانت بأجر المثل وعقدت بدون غش من جانب طرفيها . وكانت مدتها لاتجاوز ثلاث سنوات . وهذا الاستثناء يمكن تبريره بأن هذه الأعمال مؤقته يتعين اجراؤها علي كل حال[٢].

٣- العقد الصوري :-

لا أثر لصورية العقد علي الحقوق التي كسبها الغير

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٢٤٤ ، التأمينات العينية والشخصية ١٩٧٤ ص ٢٢٥٨.

(٢) راجع بلانيول وريبير - المرجع السابق بند ٢٩١.

بحسن نية مطمئنا الي جديته فالبيع الصوري عقد لاوجود له في الواقع ويقع من ثم باطلا . ومع ذلك اذا رتب المشتري بمقتضاه حقا عينيا .وكان المتصرف اليه حسن النية . بقي الحق الذي كسبه رغم بطلان سند ملكية المتصرف ويكون نافذا في مواجهة البائع الصوري[1] .

٤- قاعدة الحيازه في المنقول :

طبقا للماده ١/٩٧٦ مدني "من حاز منقولا بسبب صحيح أو حقا عينيا علي منقول أو سندا لحامله فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته ". يتضح من هذا النص أن الغير اذا حاز منقولا ماديا نتيجة تصرف قانوني ثم ابطل سند المتصرف . فان المتصرف اليه يستطيع مع ذلك أن يتملك المنقول متي كان حسن النية . أي يجهل العيب الذي يلحق سند المتصرف .استنادا الي هذه القاعدة فهي اذن تحول دون الاحتجاج علي الغير الذي حاز المنقول بأثر رجعي لبطلان سند المتصرف[2] ولكنها لاتحول دون التمسك بالبطلان في مواجهة المتعاقدين . فبيع

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، ص ٢٤٥ - بند ١٣٦ .

(٢) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٧٥ بند ٢٨٨.

المنقول يبطل اذا قام به سبب من أسباب البطلان ولا يحول دون تقريره واعمال أثره أن يكون المشتري قد حاز المنقول .

٥-بالنسبةللعقارات:

اوجب نص الماده ١٧ شهر عقاري أنه اذا أبطل سند المتصرف للبطلان النسبي فان الحكم بالابطال لايحتج به علي الغير الذي كسب حقة وسجله وهو حسن النيه قبل تسجيل صحيفه دعوي الابطال . أما اذا كان سند المتصرف باطلا مطلقا فلا يمكن أن يكتسب المتصرف اليه حسن النيه ملكية العقار . ويكون في مأمن من آثار البطلان . الا اذا اكتسب الملكية بالتقادم الخمسى أما قبل ذلك فان سند المتصرف يترتب عليه سقوط حقه .

٦- الشركة التجارية الباطلة :

يقصد بالشركة التجارية الباطلة . الشركة التي لم تستوفى الاجراءات التي رسمها القانون مثل عدم شهرها أو كان أحد الشركاء ناقص الأهلية أو شاب ارادته عيب من عيوب التراضي . ولما كانت الشركة رغم ذلك تباشر نشاطها وتتعامل مع الغير الذي يعتقد في صحتها قانونا . فتظل هذه التصرفات التي

تباشرها الشركة قائمة ومنتجة لآثارها باعتبارها شركة واقع[١]. فالبطلان يقتصر علي المستقبل حماية للغير الذي أطمآن الي قيام الشركة . وتتبع في تصفية الشركة كل بنودها الواردة في عقد الشركة

٧- مبدأ الغلط الشائع يولد الحق :-

يتقيد الأثر الرجعي للبطلان في حق الغير بمبدأ الغلط الشائع ينشئ الحق . وهذا المبدأ يفترض أن شخص يعتقد بحسن نية ثبوت توافر صفة معينة له ليست ثابته قانونا اعتقادا مقرونا باعتقاد الناس أيضا في هذه الصفة نتيجة غلط شائع والأمثلة العملية علي ذلك عديدة لاتقع تحت حصر وانما يمكن ذكر بعضها وهي : حالة الوارث الظاهر والدائن الظاهر والنائب الظاهر . فالوارث الظاهر هو شخص يعتبر نفسه وارثا ويعتبره الناس كذلك لعدم وجود قريب للمورث أو من يحجبه عن الارث . فإذا تصرف فى التركة أو جزء منها فان تصرفه صحيح للغير حسن النية وتدعيما لاستقرار المعاملات وحماية للثقة المشروع فى التعامل . وكذلك الدائن الظاهر طبقا للمادة ٣٣٣ مدنى فان الوفاء

---

(١) راجع د/ محسن شفيق – الوسيط فى القانون التجارى جـ ٢ ص ٤٠٧ .

يكون له صحيحا أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة فى الوفاء من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن الا اذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصيا (١) .

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٧٦ بند ٢٨٧.

الفصل الرابع

آثـــار العقــد

تمهيد :

اذا أصبح العقد منتجا لآثاره القانونية بأن قام علي الوجه الصحيح فإنه يترتب عليه آثار هي : آثار بالنسبه للأشخاص أي نسبية أثر " بمثابة قانون لطرفي العقد " ويطلق عليه القوه الملزمه بالنسبة للأشخاص . كما يكون له قوة ملزمة بالنسبة لموضوع . وسوف تأتي درستنا في هذا الفصل منقسمة الي مبحثين يتناول المبحث الاول : القوه الملزمة للعقد من حيث الأشخاص ويتناول المبحث الثاني : القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع .

المبحث الأول

نسبية أثر العقد

" القوة الملزمة بالنسبة للأشخاص"

تمهيد :-

مقتضي انعقاد العقد صحيحا منتجا لأثاره هو أن الالتزامات الناشئة عن العقد لاتنصرف الا للعاقدين وأن للعاقدين الحقوق المتولده عنه لاتنصرف أيضا الا للعاقدين - وهذا ما يسمي في فقه القانون المدني بنسبية أثر العقد . ولكن هل يقصد بالعاقدين طرفا العقد فقط أم أن هناك مفهوم آخر للعاقدين ؟

لايقصد بالعاقدين طرفا العقد ولكن من يمثلانه قانونا مثل الخلف العام أو الخلف الخاص . فأثر العقد ينصرف اذن الي العاقدين ومن يمثلانه قانونا في ابرامه. ومن ثم فلابد لنا من ايضاح لأثر العقد ما بين العاقدين وأثره كذلك بالنسبة للغير . وذلك في مطلبين :

المطلب الأول

أثر العقد بالنسبة للعاقدين

تمهيد:

لما كان العقد يتمتع بقاعدة النسبية . أي القوة الملزمة للعاقدين ومن يمثلانه قانونا الخلف العام والخاص في حدود معينه . ومن ثم يجب علينا في مجال البحث التعرض لحدود انصراف العقد بالنسبة للخلف العام ثم الخلف الخاص . ثم لموقف الدائنيين من العقود التي يبرمها مدينهم علي النحو التالي :-

١- انصراف آثر العقد الي الخلف العام:-

هناك قاعدة عامة في هذا الصدد " انصراف أثر العقد الي الخلف العام في حدود معينه وهي قواعد الميراث . ثم استثناء علي القاعدة أي حالات لاينصرف فيها آثر العقد الي الخلف العام وسوف نعرض لهما كما يلي :

أ-القاعدة العامة :-

ينصرف أثر العقد الي الخلف العام [1] الذي يتحقق بالوفاة

---

(١) ر اجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٢٥٠ " الخلف العام من تؤول اليه ذمة مالية كالوارث الوحيد والخلف بسبب عام من تنتقل اليه نسبة معينة من ذمة مالية ، كأحد الورثة أو الموصى له بنسبة معينة من التركة " .

عن طريق الميراث أو الوصية. ينصرف هذا الأثر في حدود ما تسمح به قواعد الميراث . فالحقوق التي ينشئها العقد تنتقل بوفاة العاقد الي وارثة. أما الالتزامات التي يولدها فيحول دون انتقالها اليه مبدأ هام في الشريعة الاسلامية " ألا تركة الابعد سداد الديون "أي يظل الالتزام في التركة الي أن ينقضي ثم تنتقل التركة خاصة منه الي الوارث . يسري في حق الخلف العام نتيجة انصراف أثر العقد اليه ما يسري في حق السلف بشأنه فيعتبر التاريخ المدون فيه حجة عليه أو له دون أن يكون ثابتا بوجه رسمي . ويكون العقد الحقيقي في الصورية حجة عليه . دون العقد الصوري الذي لايكون له أن يتمسك به.

ب- استثناء علي القاعدة :" حالات لاينصرف أثر العقد الي الخلف العام"

لقد تناول المشرع ذلك في عجز الماده ١٤٥ مدني ".... مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لاينصرف الي الخلف العام ".

يتضح من هذا النص أن أثر العقد لا ينصرف الي الخلف العام اذا تبين من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون عدم

انصرافه اليه . وسوف نذكر هذه الحالات الثلاثه كما وردت في كما يلي :-

١- اذا ورد في العقد اتفاق علي ذلك :

لما كان العقد بمثابة إتفاق بالنسبة للعاقدين ومن يمثلانه قانونا . فقد يرد اتفاق في العقد علي أن يقتصر أثر العقد عليها دون الخلف العام . فهنا يعمل هذا الاتفاق ولاتنصرف أثر العقد الي الورثة ومثال ذلك لو اتفق الواهب علي عوض يدفعه للموهوب له يكون ايرادات مرتبا مدي حياته . أو اذا اتفق البائع في عقد البيع علي أن يظل له الانتفاع في المسكن طوال حياته فهذا الاتفاق لابد أن يحترم ويعمل به .

٢-طبيعةالتعامل:-

اذا كانت طبيعة العقد تتنافي مع انتقاله الي الخلف العام كما لو كانت شخصية أحد المتعاقدين محل اعتبار في العقد مثال ذلك التعاقد مع المطرب أو الرسام . فلا ينصرف أثر العقد الي الخلف العام لأنه يعتبر إغفال للورثه لانعدام هذه الصفه فيهم .

٣- ورود نص في القانون :

اذا ورد نص في التشريع يوجب عدم انصراف أثر العقد الي

الخلف العام . فأنه لاينصرف أثر العقد اليهم واذا أمعنا النظر في نصوص التشريع المدني نجد أن هناك العديد من النصوص التي تمنع انصراف أثر العقد الي الخلف العام وهي كثيره ومتنوعة مثل الماده ٥٢٨ مدني " انتهاء الشركة بموت أحد الشركاء ، والماده ٧١٤ مدني انتهاء الوكالة بموت الوكيل والماده ٦٩٧ مدني " انفساخ عقد العمل بوفاة العامل . والماده ٦٢٦ مدني " انقضاء عقد المزارعة بموت المزارع .

استثناء هام " الخلف العام قد يكون غير الا ينصرف اليه أثر العقد "

تناول المشرع هذا الاستثناء في عجز الماده ٩١٦ مدني " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت مقصودا به التبرع يعتبر مضافا الي ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف "كما أفصح في في الماده ٩١٧ مدني " اذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتقال بها مدي حياته . إعتبر تصرفا مضافا الي ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية مالم يقم دليل علي غير ذلك . يفهم من هذا التشريع سالف الذكر أنه وان كان المورث له

الحرية الكاملة في التصرف في امواله جميعا أثناء حياته تبرعا أو معاوضه طالما كانت التصرف منجزا فانه لايستطيع اضافة تصرفاته الي ما بعد الموت الا بالوصية ولا تنفذ الا في حدود الثلث ولا يعتبر الوارث خلفا لمورثة في تصرفه بطريق الوصية . ويكون هذا التصرف غير نافذ في مواجهته (١)، ومن ثم اذا باع السلف في مرض الموت عينا تزيد قيمتها علي ثلث التركه لأحد ورثته أو لأجنبي عنه فان الوارث يعتبر غيرا بالنسبه لهذا البيع . ولايكون نافذا في مواجهته فيما يزيد علي الثلث الا اذا أجازه الورثة ومما يجب الاشاره اليه في هذا المقام أنه تثبت صفة الغير للخلف العام الا اذا وقع التصرف في مرض الموت(٢) .وقد وضع المشرع قرينه في الماده ٩١٦ /٣ مدني أن التصرف الصادر في مرض الموت يكون علي سبيل التبرع مالم يثبت العكس .

٢- انصراف أثر العقد الي الخلف الخاص :

يقصد بالخلف الخاص من يخلف سلفه في ملكية شئ أو في حق معين سواء كان الحق الذي تلقاه الخلف حقا عينيا أم شخصيا . أما من يترتب له ابتداء حق شخصى في ذمة آخر فلا يكون

---

(١) راجع د/ سعيد عبدالسلام - الوجيز فى العقود المدنية المسماه عام ١٩٩١ ص ٢١٨ عقد البيع بند ٢١٢.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٢٥٢ بند ١٤١.

خلفا خاصا . بل يكون دائنا . فالمستأجر ليس خلفا للمؤجر . بل هو دائن له . وخلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الايجار[١]. فالمشتري خلفا خاصا للبائع لأنه يخلفه في ملكية الشئ المبيع . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقي عنه هذا الحق . والمحال له خلف خاص للدائن المحيل في الحق المحال . في هذه الأمثلة اذا أبرام السلف عقدا بشأن الشئ أو الحق الذي انتقل الي الخلف الخاص . فهل تنتقل آثار العقد الي الخلف الخاص ؟ لقد أورد المشرع الاجابة علي هذا التساؤل في عجز الماده ١٤٦ مدني " اذا أنشاء العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك الي الخلف الخاص . فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الي هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ اذا كانت من مستلزماته . وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ اليه ." وبامعان النظر في هذا النص نجد أن المشرع قد اشترط جمله شروط لانتقال الالتزامات والحقوق الشخصية الناشئه عن العقد الي الخلف الخاص . نستطيع ذكرها علي النحو التالي :-

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٧٨/١/٢ مجموعة أحكام النقض المدنى فى ٥٠ عام السنة ٤٤ ص ٢١٨.

١- أن يكون العقد الذي أبرمه السلف متعلقا بالشئ الذي انتقل الي الخلف وسابقا علي الوقت الذي تلقي فيه الخلف الخاص الحق من السلف .

٢- أن تكون الالتزامات والحقوق الناشئه عن العقد الذي أبرمه السلف من مستلزمات الشئ الذي انتقل الي الخلف الخاص وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشئ اذا كانت مكملة له ومثالها حقوق الارتفاق التي للعقار المبيع . والتي ترتب بعقد بين البائع وهو السلف ومالك العقار الذي يقع عليه حق الارتفاع وكذلك حق البائع قبل شركة التأمين اذا أمن شخص علي منزله ضد الحريق ثم باعه . انتقل حقه قبل شركة التأمين الي المشتري . أما الالتزامات فتعتبر من مستلزمات الشئ اذا كانت محددة له . أي تعتبر قيودا تحد من سلطات المالك . فاذا التزام تاجر بعدم المنافسه ثم باع متجره . فان الالتزام ينتقل الي المشتري للمحل التجاري . واذا باعت شركة قطعة آرض مباني واشترطت قيودا تحد من سلطات المالك في البناء . فان هذه القيود تنتقل الي المشتري ممن التزم بتلك القيود .

٣- علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات وقت انتقال الشئ اليه :- تبدو أهمية هذا الشرط بالنسبة للالتزامات[١] اذ

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى - المرجع السابق ص ١٥٧.

أنها قيود علي حقه ومن ثم يجب العلم بها [illegible] الحقوق فليس هناك ما يمنعه من التمسك بها حتي ولو لم يكن عالما بها وقت انتقال الشئ اليه .

وضع الدائنين :- " الدائنون لا يعتبرون خلفا عاما "

لايعتبر الدائن العادي خلفا عاما للمدين لأن لايتلقي مجموعه حقوقه باعتبارها وحدة معنوية أو نسبة معينه منها كما هو الشأن في حالة الخلف العام . كما لايعتبر الدائن العادي خلفا خاصا للمدين . اذ لاينتقل له حق كان قائما في ذمته كما هو الحال في الخلف الخاص . ومع ذلك فقد يتأثر الدائنين بتصرفات المدين له . اذ قد يترتب عل اهمال المدين نقص أمواله وبالتالي يضعف الضمان العام . وازاء هذا الوضع وخصوصا اذا كان المدين سئ النية بأن كان له حقوقا قبل الغير وأهمل في المطالبة بها . فان المشرع قد خول للدائن اقامة الدعوي غير المباشر للمحافظة علي أموال مدينه . واذا صدر عن المدين تصرفات تنقص من حقوقه أو من شأنها اعساره أو زيادة الاعسار جاز للمدائن بشروط معينة الطعن علي هذه التصرفات بالدعوي البوليصية أي عدم نفاذ التصرف في حقه واذا صدر عن المدين تصرف صوريا . جاز للدائنين رفع دعوي الصورية . ولنا عودة

تفصيلية عند دراسة أحكام الالتزام في الجزء الثاني من هذا المؤلف لتناول الدعاوي الثلاث بالتفصيل، وبالاضافة الي هذه الدعاوي الثلاث خول المشرع الدائن طلب شهر اعسار المدين اذا كانت أمواله لاتكفي لوفاء ديونه المستحقة الاداء ليتمكن من الحصول علي اكبر قدر ممكن من حقه وليكفل له شئ من المساواة مع غيره من الدائنيين.

المطلب الثاني

أثر العقد بالنسبة للغير

تمهيد:

لقد تناول المشرع أثر العقد بالنسبة للغير فى الماده ١٥٢ مدني " لايرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا ". فيفهم من هذا النص أن أثر العقد قاصر علي طرفيه كما قدمنا بالمفهوم السابق دون الغير الأجنبي الذي لايعتبر خلفا عاما أو خاصا . بحيث لايجوز لأحدهما الاحتجاج بالعقد بتنفيذ التزام ترتب عليه . ولايجوز للغير أن يتمسك به قبل أحدهما ليدعي حقا نشأ له عنه . وهذا المبدأ ليس مطلقا بالنسبة للحقوق فانه يجوز للغير أن يكسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه وهذه هي صورة الاشتراط لمصلحة الغير أما الالتزامات فلا يلتزم بها شخص أجنبي عن العقد دون أن يكون طرفا فيه وهذه هي صورة التعهد عن الغير ومن ثم تأتي درستنا في هذا المطلب منقسمة الي فرعين متتاليين الفرع الاول : الاشتراط لمصلحة الغير ويتناول الفرع الثاني : التعهد عن الغير . وذلك علي النحو التالي :

الفرع الأول

الاشتراط لمصلحة الغير

ماهية الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير في عبارة مجملة انه عقد ينشأ بموجبه حق لأجنبي أصلا عنه ". وصورته أن يتعهد أحد العاقدين للآخر بأن يلتزم قبل شخص ثالث أجنبي أصلا عن العقد فينشأ له بمقتضي هذا الاتفاق حق مباشر ويسمي الطرف الأول المتعهد . والطرف الثاني : المشترط . والطرف الثالث المنتفع . فالاشتراط لمصلحة الغير اتفاق بين المشترط والمتعهد ينشأ عنه علي عاتق الأخير حق للمنتفع . والاشتراط لمصلحة الغير . استثناء علي نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص كما سبق أن أوضحنا في حينه فلم يقتصر أثر العقد علي طرفيه ومن يمثلانهما في التعاقد . بل ينصرف أثره الي أجنبي أصلا عنه. ويرتب حقا في ذمة شخص ثالث ليس طرفا فيه ولا خلفا عاما أو خاصا لطرف فيه . ويعتبر الاشتراط اذن تطبيقا لما ورد في الماده ١٥٢ مدني " أن العقد يجوز أن يكسب الغير حقا ". وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك في احد

أحكامها [١] "أن الاشتراط لمصلحة الغير أصبح قاعدة بعد أن كان استثناء لايعمل به الافي حالات بخصوصها . وهو ينطوي علي خروج طبيعي علي قاعدة اقتصار منافع العقود علي المتعاقدين دون غيرهم . فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع. فيكسب الأخير حقا ولو أنه ليس طرفا في التعاقد . وبتلك المثابة يكون العقد بذاته مصدرا لهذا الحق . ولهذا أوضحت المادتين ١٥٤ . ١٥٥ مدني أن يكون للمشترط مصلحة شخصية مادية وأدبية في تنفيذ الالتزام المشترط لمصلحة الغير ". والاشتراط لمصلحة الغير لها تطبيقات عملية كثيرة فقط يشترط البائع في عقد بيع المتجر علي المشتري شروط لصالح عماله من حيث الأجور أو ساعات العمل . وفي عقد الهيه قد يشترط الواهب له دفع ايراد مرتب لثالث . وأخص هذه التطبيقات رواجا في الواقع العملي عقد التأمين . ففي عقد التأمين كثيرا مايكون المستفيد من التأمين شخص آخر غير المستأمن. كما هو الحال في التأمين علي الحياة لصالح الزوجة أو الابن مثلا . حيث يكون المستأمن الزوج أو الأب هو المشترط . وشركة التأمين هي المتعهد والزوجة أو الابن هي المنتفع.

---

(١) انظر نقض مدني ١٩٨٠/١/٢٩ مجموعة المكتب الفني الطعن ٦٠٤ السنة ٤٤ق ص ٣٤٤.

شروط الاشتراط لمصلحة الغير:

لكي نكون بصدد عقد اشتراط لمصلحة الغير يجب توافر الشروط الاتيه:-

اولا: تعاقد المشترط باسمه شخصيا:

أوضح هذا الشرط الماده ١٥٤ /١ مدني يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه علي التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ماديه كانت أو أدبية ". يفهم من هذا النص التشريعي سالف الذكر أنه يجب آن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع وهذا يعني أن المنتفع ليس طرفا في العقد . وبهذا يتميز الاشتراط عن النيابه (١) فالنائب يتعاقد باسم الأصيل أما المشترط يتعاقد باسمه هو . وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض في أحد أحكامها (٢)، أنه يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه عكس الالتزامات يشترطها لمصلحة الغير وتحيز للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع الا اذا تبين أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك ".

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى - المرجع السابق ص ١٦٢.

(٢) انظر نقض مدنى ١٩٨٢/٥/٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٣ ص ٥٠٥.

ثانيا : اتجاه نية الطرفين الي كسب الغير حقا مباشرا :-

يجب أن تتجه نية الطرفين المشترط والمتعهد الي كسب المنتفع حقا مباشرا من عقد الاشتراط لمصلحة الغير . وهذا يعني أن حق المنتفع لايمر قبل ذلك بذمة المشترط . فاذا تم الاتفاق علي أن يكسب المشترط الحق الناشئ عن العقد لنفسه فيتخلف الاشتراط لمصلحة الغير . حتي لو انتقل الحق بعد ذلك للغير ومثال ذلك . ففي عقد البيع يتم الاتفاق علي أن يدفع المشترط الثمن لثالث لايكون هناك اشتراط حتي لو كان البائع قد حول حقه في الثمن الي الغير . اذ في هذه الحالة نكون بصدد عقدان . عقد بيع وعقد حوالة[1] والشخص الثالث لايكسب الحق قبل المشترط من عقد البيع . وانما من عقد الحوالة. واذا أمن شخص علي منزله ضد الحريق لصالحه هو .ثم حدث وقام ببيع هذا المنزل . فان حقه قبل شركة التأمين ينتقل الي المشتري باعتباره خلفا خاصا للبائع وهذا ما سبق أن ذكرنا فى خصوص حدود انصراف العقد الى الخلف الخاص .

ثالثا : وجود مصلحة شخصية للمشترط

يجب أن يكون للمشترط في الاشتراط لمصلحة الغير مصلحة

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى - المرجع السابق ص ١٦٤.

شخصية لأنه يتعاقد باسمه ولحسابه . لكن لايشترط أن تكون المصلحة مادية . كمدين يؤمن على حياته لمصلحة دائنه ليستوثق هذا الأخير من الحصول على حقه . أو بائع يشترط دفع باقى أقساط الثمن الى مرتهن العقار المبيع . بل يكفى أن يكون له فى الاشتراط مصلحة معنوية أو أدبية [١] . ومثال ذلك الأب الذى يؤمن على حياته لصالح أولاده . أو الزوج الذى يؤمن على حياته لصالح زوجته . أو الواهب الذى يشترط على الموهوب له دفع عوض .

احكام الاشتراط لمصلحة الغير :آثاره

كما سبق أن أوضحنا أن هناك علاقه ثلاثية في عقد الاشتراط لمصلحة الغير وهي : العلاقه ما بين . المشترط - المتعهد المنتفع .فما هي علاقاة هؤلاء الأطراف الثلاثه كل منهم بالبعض الآخر وسوف نعرض لها كما يلي :-

أولا : علاقة المشترط بالمتعهد:

يحدد سمات هذه العلاقه أحكام العقد بينهما وفقا لبنود[٢] فيلتزم كل منهما بتنفيذ الالتزامات التي نشأت في ذمته بمقتضاه . وتطبق القواعد العامه اذا امتنع أحدهما عن تنفيذه[٣]. وللمشترط

---

(١) راجع د/ السنهورى – السويط جـ ١ فقرة ٣٧.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى – المرجع السابق ص ٢٧٢.
(٣) راجع د/ السنهورى – المرجع السابق فقرة ٢٥٦.

خصوصا لما له من مصلحة شخصية أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك . وان كان يجوز الاتفاق في العقد علي قصر حق المطالبه علي المشترط دون المنتفع [١].

ثانيا : علاقة المشترط بالمنتفع :

تتحدد العلاقه بحسب ما اذا كانت علاقة تبرع أو معاوضه . ففي حالة التبرع أي اذا أراد المشترط التبرع للمنتفع فاننا نطبق القواعد الموضوعية في التبرع أي يجب توافر الأهلية في المشترط . وجواز الرجوع في الهبه حتي بعد اقرار المنتفع للاشتراط لمصلحته [٢]. دون القواعد الشكلية لأن الهبه التي يحققها الاشتراط للمنتفع هبة غير مباشره [٣] لايشترط فيها الرسمية . علي أن قدر الهبه بالنسبه للمشترط ليس ما التزم المتعهد قبل المنتفع . بل ان قدر ما دفعه المشترط للمتعهد علي ألا يزيد علي ما التزم به المتعهد للمنتفع . فلو أمن أب علي حياته تبرعا لمصلحة ولده . كان مقدار الهبه مجموع أقساط التأمين التي دفعها الأب .علي ألا يزيد علي مبلغ التأمين الذي

---

(١) راجع د/ بهجت بدوى – المرجع السابق فقرة ٢٧٥.

(٢) راجع د/ بهجت بدوى – المرجع السابق ٢٥٨.

(٣) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى – المرجع السابق ص ٢٧٢.

يلتزم المؤمن بدفعه الي الولد [١]. وقدر الهبه الذي تحدد علي هذا الوجه هو الذي يعتد به فيما يتعلق بجواز الرجوع فيها ويحق للدائن بالطعن فيها بالدعوي البوليصية [٢] .

ثالثا : علاقة المتعهد بالمنتفع :

في هذه العلاقه الأخيره تتضح بجلاء خاصة الاشتراط لمصلحة الغير . وهذه الخاصة تنحصر في أن المنتفع يكسب حقا مباشرا من العقد ثم بين المشترط والمتعهد وهو عقد لم يكن المنتفع طرفا فيه . وكما يذهب البعض الي القول أنه حق قابل للنقص الي أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفاده من الاشتراط . ولكن اعلان الرغبة ليس قبرلا لايجاب معروض علية من المشترط أو من المنتفع . وانما هو تثبيت لحقه الذي نشأ من عقد الاشتراط ومنذ ابرامه ويترتب علي هذا القبول بأن المنتفع يكسب حقا مباشرا قبل المتعهد وأن هذا الحق مصدره عقد الاشتراط مايلي:

١- القول بأن المنتفع يكسب بالاشتراط حقا مباشرا قبل المتعهد معناه أن هذا الحق لا يمر بذمه المشترط . ويترتب علي

---

(١) راجع د/ حشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ٣٢١.
(٢) راجع د/ السنهوري - الوسيط جـ١ ص ٦٤٥ . هامش ٢ .

ذلك أن دائني المشترط لاشأن لهم بذلك الحق . وذلك لأنه لايدخل في الضمان العام لمدينهم فلايمكن تنفيذهم عليه. ولايستطيعون استعمال الدعوي غير المباشرة نيابة عنه . ولايعتبر هذه الحق ضمن تركه المشترط حين وفاته . باعتبارة حقا مباشرا ناشئا عن عقد التأمين لهم . ولكن المنتفع يعتبر دائنا للمتعهد بذلك الحق ومن ثم فلدائني المتعهد مشاركة المنتفع مشاركة الغرماء في اقتسام أموال المتعهد .

٢- يترتب علي كون حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط لمصلحة الغير . أن هذا الحق يوجد منذ ابرامه للعقد وليس من وقت اعلان المنتفع لرغبته في الاستفاده من الاشتراط. ولذلك لايؤثر في هذا الحق فقد المتعهد لأهليته أو وفاته . وعقد الاشتراط هو الذي يبين حدود هذا الحق وأوصافه وكيفية استعماله.

٣- وأخيرا فان حق المنتفع يتأثر بكل مايؤثر في عقد الاشتراط الذي يعتبر مصدرا لهذا فيستطيع المتعهد أن يتمسك في مواجهة المنتفع بجميع الدفوع الجائزة في هذا العقد مثل الدفع بالبطلان أو عدم تنفيذ المشترط لالتزامه المقابل .

الفرع الثاني

التعهد عن الغير

النص التشريعي:

لقد عالج المشرع أحكام التعهد عن الغير في عجز الماده ١٥٣ مدني " اذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده فاذا رفض الغير أن يلتزم. وجب علي المتعهد أن يعوض من تعاقد معه . ويجوز له مع ذلك آن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به. أما اذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لاينتج أثرا الا من وقت صدوره . مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الي الوقت الذي صدر فيه التعهد ". وبامعان النظر في هذا النص سالف الذكر لابد لنا من تفصيل أحكامه . من حيث بيان ماهية التعهد عن الغير وشروطه وأحكامه وذلك علي الصعيد التالي:-

١- ماهية التعهد عن الغير:

التعهد عن الغير عقد يتم بين شخصين يتعهد فيه أحدهما " المتعهد " في مواجهة الطرف الآخر بأن يجعل شخصا ثالثا " الغير" يلتزم بأمر معين . هذا الاتفاق يقتصر أثره علي

المتعاقدين ولاينشئ التزاما في ذمه الغير الذي له أن يرفض ماتعهد الغير بالزامه به .كما أن له أن يقبل .فاذا قبل فانه يكون قد التزم بارادته هو لا بارادة أطراف التعهد . والواقع العملي يبرز هذه الصورة في مواقع كثيره منها . أن الوكيل قد يجد صفقه رابحة لكنها تتجاوز حدود وكالته وسلطاته فيبرم العقد ويتعهد لمن يتعاقد معه أن يحصل علي موافقة الموكل . أو أن يمتلك شخصان أرضا علي الشيوع مناصفة فباع احدهما هذه الأرض. ويتعهدبأن شريكه سيوافق علي هذا البيع . ولايعتبر التعهد عن الغير استثناء علي مبدأ نسبية أثر العقد . ذلك أن المتعهد عنه له مطلق الحرية في أن يلتزم أو لايلتزم. فان اختار الاولي كان سبب التزامه رضاه وايس عقد التعهد (١).

٢- شروط التعهد عن الغير :

لكي يقوم عن الغير لابد من توافر الشروط الاتيه :-

أ- أن يتم التعاقد باسم المتعهد لاباسم الغير . آي بالاصاله عن نفسه علي أنه سيجعل شخص ثالث يلتزم . فهو ليس نائب أو وكيل عن الشخص الثالث . كما أنه ايس فضوليا يتولي شأنا له.

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ١٧١.

بل هو يتحمل التزام شخصى . وبهذا يختلف المتعهد عن الوكيل . فالوكيل يعمل لحساب الموكل ولذلك تنصرف أثار العقد الي الأصيل . أما المتعهد فيعمل باسمه هو . ولذلك تنصرف آثار التعهد اليه هو لا الي الغير (١).

ب- ان يقصد المتعهد عن الغير الزام نفسه لاالزام الغير . لأن الأخير لايلتزم الا بقبوله. أي يكون مضمون التزام المتعهد هو الحصول علي رضاء الغير .

ج- أن يكون محل التزام المتعهد هو القيام بعمل مضمونه أن يجعل الغير يقبل التعهد. وهو التزام بتحقيق نتيجة فلا يقّبل التعهد . والتزام المتعهد التزام بتحقيق نتيجة فلا يكفي بذل قصاري جهده لحمله علي قبول التعهد

٣- أحكام التعهد عن الغير :-

يتوقف نجاح التعهد علي أحد احتمالين إما ان يقرر الغير هذا التعهد أي يقبله وإما ألا يقره الغير ويرفضه . ومن ثم فلابد لنا من استعراض الاحتمالين علي النحو التالي :-

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى - المرجع السابق ص ١٥٩.

أ- اقرار الغير للتعهد :- " القبول ".

يكون للغير مطلق الحرية في أن يقبل أو يرفض . فان قبل التزم وان رفض لايكون في جانبه أية مسئولية وقد تعمد المشرع في الماده ١٥٣ مدني استعمال لفظ "قبول " للتعبير عن موقف الغير [١] وهو الأمر الذي يفيد أن مركز الموجب له ينعقد فاذا قبل هذا الايجاب انعقد بينه وبين من تعاقد مع المتعهد[٢] ومن ثم يترتب علي ذلك أن هذا القبول يؤدي الي انعقاد عقد جديد من وقت القبول . وليس من وقت التعهد اللهم إلا اذا قبل الغير بأ يكون انعقاد هذا العقد باثر رجعي . وهذا هو ما قصده المشرع في الماده ٢/١٥٣ مدني " اما اذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لاينتج أثرا الا من وقت القبول مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الي الوقت الذي صدر فيه التعهد وينيني علي قبول الغير أن يعتبر المتعهد قد أوفي بالتزامه . والأصل أن لاشأن له بالتنفيذ اللهم الا اذا قضي الاتفاق بغير ذلك .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ١٧٢.
(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ١ - فقرة ٥١٨.

ب- عدم اقرار الغير التعهد : "الرفض"

سبق أن ألمحنا أن الغير لايوجد عليه أي التزام بالاقرار له بالقبول أ بالرفض دون مسئولية ما في جانبه وفي حالة عدم اقراره للتعهد أي رفضه قبول هذا التعهد يكون مخلا بالتزامه . اذ أن التزامه هو الوصول الي نتيجة وهي قبول الغير للتعهد . ولايستطيع التخلص من هذا الالتزام الا بأحد أمرين اما تعويض المتعاقد معه وفقا لتقديره[١] أو يتخلص من هذا التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام[٢].

---

(١) راجع د/ محمود الدين ذكى - المرجع السابق ص ٢٦٨.

(٢) انظر المادة ١/١٥٣ مدنى .

المبحث الثاني

القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع

"آثار العقد من حيث الموضوع"

تمهيد:-

يقصد بالقوه الملزمه للعقد من حيث الموضوع. انصراف اثار العقد موضوعا من حيث مضمون وتكسبه ونطافه والزامه بما ورد فبه فيجب علي كل عاقد تنفيذ الالتزامات التي ترتبت في ذمته بمقتضاه . والا كان مسئولا عن عدم التنفيذ .. فلكي تحدد موضوع العقد يجب التعرف علي النيه المشتركه للمتعاقدين وذلك عن طريق قواعد تفسير العقد . والوقوف علي مضمونه من حيث التكيف القانوني للعقد . ثم تحديد نطاق العقد بتكملة ارادة المتعاقدين بكل ما هو من مستلزمات العقد ومن ثم يتحدد نطاق البحث في هذا المبحث الي ثلاثة مطالب يتناول المطلب الاول : تفسير العقد . ويتناول المطلب الثاني: تحديد مضمون العقد . ويتناول المطلب الثالث : الزام المتعاقدين بما ورد في العقد .

المطلب الأول

تفسير العقد

النص التشريعي :-

جاء نص الماده ١٥٠ مدني "اذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرا للتعرف علي ارادة المتعاقدين .أما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ . مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل . وبما ينبغي أن يتوافر من أمانه وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ". ثم جاء نص الماده ١٥١ مدني " يفسر الشك في مصلحة المدين . ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الأذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ".

يتضح من سيلق هذا التشريع سالف الذكر أن المشرع أوضح طرق التفسير في حالة وضوح عبارة العقد وعدم وضوحها . وعند الشك في العبارة. ثم وضع القاعدة في التفسير وهي أن الشك يفسر لصالح المدين والاستثناء علي هذه القاعدة في التفسير لعقود

الأذعان . ومن ثم يعن لنا دراسة التفسير من حيث ماهيته وحالاته - القاعده العامه في التفسير والاستثناء عليها - ودور القاضي في تفسير العقد ومدي خضوعه لنطاق الرقابة القانونية التي تباشرها محكمة النقض . وذلك علي النحو التالي:-

اولا: ماهية التفسير وحالاته:-

يقصد بالتفسير البحث عن المقصود الذي اتجهت اليه الارادة المشتركة للمتعاقدين [١]. ولما كانت الارادة المشتركة للمتعاقدين هي مصدر الالتزامات الناشئة عن العقد . فان هذه الارادة هي التي تحدد مضمون هذه الالتزامات [٢]. أي أن هناك قاعدة أساسية قوامها البحث عن ارادة المتعاقدين الحقيقية ومن المعلوم أن المتعاقدين يستعملان عبارات معينه للتعبير عن ارادتهما . وأن العبرة هي بحقيقة مااتجهت اليه الارادة . وليست العبارات سوي وسيلة للكشف عن هذه الارادة الحقيقة . ولكننا لانستطيع الوقوف علي هذه الارادة الحقيقة الاعن طريق تلك العبارات عن طريق تفسيرها . والعبارات المذكوره إما أن تكون واضحة الدلالة علي هذه الارادة المشتركة . وإما أن تكون غير

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٨٣.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٢٩٤.

واضحة في الكشف عن الإرادة . واما أن يكون هناك شك في عبارات العقد . وهذه هي حالات التفسير في ثلاثة أوجه كما يلي:

١- وضوح عبارة العقد :-

تناول المشرع المصري في عجز الماده ١/١٥٠ مدني " ..... اذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الانحراف عنها هن طريق التفسير للتعرف علي ارادة المتعاقدين ". يتضح من هذا النص أن المشرع قيد القاضي عند تفسير العقد بالالتزام بالعبارات الواضحة الوارده بها باعتبارها تكشف عن ارادة المتعاقدين الحقيقة ولايكون هناك مجال للاجتهاد والتفسير . في هذا المعني قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها (١)"ان محكمة الموضوع اذ تأخذ بالمعني بالظاهر وبنصوص العقد الظاهرة الصريحة. وأنه اذا كانت المحكمة في تفسيرها ورقة من أوراق الدعوي لم تخالف ظاهر معناها . فلايكون عليها أن تورد أسبابا لذلك . لأن قصور الأسباب محله أن تكون المحكمة قد حرفت اللفظ عن ظاهرة معناه . فيكون عليها اذن أن تبين ماحملها علي هذا التصرف .. " إلا ان عبارات العقد الواضحة قد يشوبها ألفاظ لاتستقيم ومقصود المتعاقدين أي ان

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٤٧/٥/٢٢ مجموعة عمر جـ ٥ ص ٤٤٥..

المتعاقدين لم يحسنا التعبير عن ارادتهما فقصدا معني وعبرا عنه بلفظ لايستقيم له هذا المعني . فعندئذ يجب علي القاضي العدول عن المعني الواضح الذي ترشحه عبارات العقد الواضحة الي المعني الذي قصده المتعاقدين. بشرط أن يبين في أسباب حكمة الأسباب التي دعته إلي استبعاد المعني الظاهر واعتباره غير متفق وقصد المتعاقدين . وكيف وصل الي استخلاص المعني الذي اقتنع به والاكان حكمة معيب بعيب القصور في التسبيب [١].

٢- عدم وضوح عبارة العقد :-

أشار عجز الماده ٢/١٥٠ مدني ".... اما اذا كان محل التفسير للعقد . فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ".

لقد أفصح المشرع أمام القاضي في التفسير عن عدم وضوح عبارات العقد[٢] طرقا للتفسير للاستعانه يها علي الوصول الي النية المشتركة . وهذه الطرق منها داخلية علي سبيل المثال وليس علي الحصر[٣]ومنها خارجيه . فأما عن الوسائل الداخلية فهي :

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٣٢/٣/١٠ مجموعة عمر جـ ١ ص ١٤٤.
(٢) راجع د/ عبدالحكم فوده " تفسير العقد " رسالة دكتوراه جامعة الاسكندرية ص ٢١٢.
(٣) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٨٥.

أ- العبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالالفاظ والمباني .
وهذا يعني أن القاضي لايقف عند المعني الحرفي للألفاظ المستعملة ففي كثير من الآحوال يستعمل العاقدين ألفاظا لايدركون مدلولها القانوني الصحيح .

ب- اعمال الكلام خير من اهماله :

اذا كان اللفظ يحتمل معنيين أحدهما يجعل العقد ينتج أثر او الآخر يجعل النص لاينتج أي أثر . فانه يحق حمله علي المعني الأول . فاذا كانت عبارات العقد يمكن أن تؤدي الي ابطال العقد . أو أن تجعل العقد صحيحا . وجب حملها علي المعني الثاني . وكذلك اذا كان أحد المعنيين لايضيف شيئا والآخر يضيف جديدا . وجب حمل العبارات علي المعني الثاني.

ج- بنود العقد تكمل بعضها البعض الآخر :

ان عبارات وبنود العقد الواحد تكمل وتفسر بعضها البعض بالنظر الي مجمل العقد . فتفسير بند العقد لايجوز فصله عن سائر ما ورد في العقد من بنود . بل يجب أن يقارن ويكمل بها . فهو جزء من كل يجوز فصله عنه .

واما عن الوسائل الخارجه فهي كما أوردها المشرع في عجز الماده ٢/١٥٠ مدني " الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي من أمانه وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ". باستقراء هذا النص نجد أن القاضي عندما يستهدي بطبيعة التعامل وبما ينبغي من أمانة وثقة بين المتعاقدين يرجع في هذا الي العرف الجاري . ومعني هذا أن العرف من الوسائل التي يمكن الاستعانه بها لمعرفة قصد المتعاقدين وفضلا عن ذلك يمكن الاستعانه في تفسير العقد بالطريقة التي اتبعها المتعاقدان في تنفيذ العقد اذا كان قد بدئ في تنفيذه (١)،(٢).

٣- حالة وجود شك في عبارة العقد :

لقد وضع المشرع في الماده ١/١٥١ مدني القاعدة العامه في تفسير هذا الشك لمصلحة المدين " فيجب إعمالا لتلك القاعدة العامة اذا قام تحديد نطاق الالتزام العقدي فسر الشك في مصلحة المدين أو الملتزم فيه . في العقد الملزم كانت واحد يفسر في مصلحة العاقد الملتزم بمقتضاه . وفي العقد الملزم

---

(١) راجع د/ السنهوري الوسيط جـ ١ ص ٦١٣ ، د/ البدراوي - المرجع السابق ص ٣٠٧.
(٢) راجع د/ حشمت أبو ستيت ص ٣٣٥.

للجانبين يفسر الشك لمصلحة العاقد الذي يكون مدينا له في الالتزام الذي يتعلق الشك به وعلي ذلك اذا ثار شك حول قدر العين المؤجرة فسر الشك في مصلحة المؤجر . واذا ثار شك حول طريقة الوفاء بالأجرة فسر في مصلحة المستأجر [١]وقضي تطبيقا لذلك أنه [٢] اذا وجد شك في اعذار المدين فسر الشك في مصلحة وتعيين اعذاره . واذا قام شك في نطاق الشرط الجزائي . هل يقتصر علي حالة عدم التنفيذ أم يشمل كذلك التأخر في التنفيذ [٣]فان الشك يفسر في مصلحة المدين علي اقتصاره علي حالة عدم التنفيذ ومما يجب التنوية اليه أن الأخذ بتلك القاعدة لايكون الا اذا لم يمكن تغليب معني آخر .اذ عندئذ يقوم الشك حقا . ويمكن تطبيق قاعدة الشك يفسر لصالح المدين [٤].

استثناء علي القاعدة العامه :- تفسير الشك في عقود الاذعان لصالح المذعن"

اشارت الي هذا الاستثناء الماده ٢/١٥١ مدني " ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان

---

(١) راجع د/ حشمت أبو ستيت ص ٣٣٥ .
(٢) راجع د/ السنهوري الوسيط ج ١ ص ٦١٣ ، د/ البدراوي - المرجع السابق ص ٣٨٧.
(٣) راجع د/ محمود جمال الدين ذكي - المرجع السابق ص ٣٠٥.
(٤) راجع د/ البدراوي - المرجع السابق ص ٢٨٨.

ضارا بمصلحة الطرف المذعن " يتضح من هذا النص التشريعي أنه يجب أن يكون تفسير الشك في عقود الاذعان دائما لمصلحة الطرف المذعن سواء كان هو الدائن أم المدين . ذلك لأن المفروض أن العاقد الأخر وهو أقوي العاقدين يتوافر له من الوسائل مايمكنه من أن يفرض علي المذعن عند التعاقد شروطا واضحة . فاذا لم يفعل ذلك فأنه يكون قد ارتكب خطأ ويتحمل هو تبعة ذلك الخطأ اذ أنه المتسبب في هذا الغموض (١)، (٢).

سلطة قاضي الموضوع في تفسير العقد ومدي خضوعه لنطاق الرقابة التي تباشرها محكمة النقض:-

الأمر الذي لاخلاف عليه أن القاضي له سلطة تقديرية في مسائل تفسير العقد بصفه عامه . فله تفسير العقد علي أي وجه يراه مفهوما بما يتفق ومدلول الاراده المشتركة للمتعاقدين فهو المنوط به استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوي ووقائعها وهو مما يدخل سلطة قاضي الموضوع دون رقابة من

(١) انظر الأعمال التحضيرية ج١ ص ٣٠٠ بحثنا فى " سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الاذعان عام ١٩٩١ ص ٢٢٠ - ٢٣٠.

(٢) راجع د/ سعيد عبدالسلام - المرجع السابق " التفرقة بين مسائل الواقع والقانون فى تفسير عقود الاذعان " ص ٢٣٣.

محكمة النقض. فكل هذه المسائل تدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع باعتبارها من مسائل الواقع وليس من مسائل القانون . غير أن القاضي وهو يمارس هذه السلطة يخضع لبعض القيود التي تحد منها ولاتجعله يباشر السلطه المطلقه دون فيأتي حكمة مشوبا بعيوب تصيبه وتجعله عرضه للطعن عليه بالخطأ في تطبيق القانون أو القصور في التسبيب أو الفساد في الاستدلال ويمكن اجمال هذه القيود تفصيلا كما يلي [1]:-

١-التزام القاضي بالقيود القانونيه في التفسير:-

عندما يضع المشرع أمام القاضي نصا فهو ملتزم بتطبيقة علي وقائع الدعاوي والا كان حكمة مخالف لصحيح القانون باعتبار أن هذا النصوص من مسائل القانون . ويجعل الحكم عرضه للنعى عليه بالطعن بالطرق المقررة قانونا مثال ذلك : اذا كانت عباره العقد واضحة وانحرف القاضي عنها دون موجب . أو اذا فسر الشك لصالح الدائنيين أو لغير الطرف المذعن في عقود الاذعان . فان القاضي يكون خالف صحيح القانون مما يجعل حكمة معيب واجب الالغاء . وهنا يدخل في نطاق الرقابة القانونية لمحكمة النقض.

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٨٨ - بنده ٢٩.

٢-الاستناد في التفسير الي مصادر موجودة بالفعل:-

يجب علي القاضي عند تفسيره لعبارات العقد أن يستند الي المصدر الذي دعا الي هذا التفسير واستخلاصة الاراده المشتركة للمتعاقدين من وقائع متجانسه غير متناقضة . ويكون من شأنها أن تؤدي عقلا الي ما استخلصه منها .

٣- تكييف العقد :-

يعتبر تكييف العقد أي اعطاء الوقائع الوصف القانوني الصحيح من مسائل القانون وبالتالي يخضع القاضي لسلطه محكمة النقض في نطاق الرقابة .

المطلب الثاني

تحديد مضمون العقد

تمهيد:-

يقصد بتحديد مضمون العقد تحديد نطاقه. اذ أننا عندما نكون بصدد عقد لابد من بيان اعطاء الوصف القانوني الذي يتفق وما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين المشتركة وهذه هي مسألة التكييف . واذا ما استوقفنا ما يحدد نطاق هذا العقد لابد من الاستعانه بوسائل لتحديد هذا النطاق . وأشارت الي ذلك الماده ٢/١٤٨ مدني ولايقتصر علي الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ". ومن ثم تأتي دراستنا في هذا المطلب لوسائل تحديد نطاق العقد ثم لمسألة التكييف علي النحو التالي:-

أولا: وسائل تحدد نطاق العقد:-

يتضح من النص سالف الذكر أن تحديد نطاق العقد يتم أولا باتفاق العاقدين واذا لم يتناول الاتفاق هذا التحديد فان القاضي يستطيع الاستعانه بوسائل أخري هي نص القانون والعرف

والعداله بحسب طبيعة الالتزام . وهذه تعتبر من مستلزمات العقد . ولكن قبل الدخول في هذه الوسائل وسير أغوارها كي تتضح حقيقتها أمام القارى. فيثور هنا تساؤل في هذا المقام ما المقصود بتحديد نطاق العقد ؟ أجاب الفقه [١]،[٢] علي هذا التساؤل بأن مقصود تحديد نطاق العقد هو تحديد الالتزامات الناشئة عنه أي آشاره . فبعد أن يفسر القاضي بنود العقد للكشف عن النية المشتركة للعاقدين ينتقل الي تحديد آثاره أو نطاق هذا العقد غير مكتف في هذا التحديد بما ورد فيه طبقا للنية المشتركة بل يجاوزه الي ما يعتبر من مستلزماته وهذا يتأتي من نص القانون أو قواعد العرف أو قواعد العداله وذلك حسب طبيعة الالتزام علي النحو التالي:-

(١) من حيث نص القانون :

من المعلوم سلفا ان العقود يسودها طابع الرضائية فيما عدا الرهن والهبه . وكثيرا ما يترك للعاقدين سلطة تنظيم اتفاقاتهم في هذه العقود بالاتفاق علي العناصر الرئيسية دون التفصيلية حتي يتجنبوا تحكم القضاه في حسم منازعات العقود

---

(١) راجع د/ البد راوى - المرجع السابق ص ٣٩٢.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكي - المرجع السابق ص ٣٠٨.

. فهناك العقود المسماه التي تناولها المشرع واضعا أسس تنظيم هذه العقود تاركا تفصيلاتها لمشيئة الأفراد . أي أن القاضي عندما يريد استكمال العقد لبعض المسائل فانه يرجع الي القواعد المكمله. لأنها تصبح واجبه التطبيق لمجرد سكوت المتعاقدين عن تنظيم المسأله التي تتناولها هذه القواعد . ومعظم القواعد الموضوعية في تنظيمها للعقود المسماه قواعد مكمله . ولنضرب مثال يوضح ذلك" أن المشرع في عقد البيع قد يتفق العاقدين علي الشئ المبيع والثمن ولكنهما يغفلان ماهي ملحقات هذا المبيع وثماره وميعاد التسليم وكيفية نقل الملكية والتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق فهذه مسائل مكمله لاراده العاقدين يلجأ اليها القاضي لاستكمال العقد ".

٢- طبيعة الالتزام

تساعد طبيعة الالتزام علي تحديد نطاق العقد فمثلا عقد البيع يوجب التزام البائع ليس تسليم الشئ المبيع فقط ولكن أيضا جميع الملحقات حتي ولو لم تذكر في العقد . فمن يبيع حقا يعتبر أنه نزل بالاضافة اليه عما يكمله ويضمنه ويؤيده .

٣- قواعد العدالة :

يستدل القاضي من فكرة العدالة ما يستكمل به أثار العقد حسب طبيعة الالتزام .ففي عقد العمل . يلجأ القاضي الي فرض الالتزام علي صاحب العمل بأن يوفر للعامل لدية وسائل الوقاية من أخطار العمل قبل الزامه بتوفير هذه الوقاية عن طريق التشريع . وفي نقل الآشخاص يلجأ الي فرض التزام بالسلامة علي عاتق الناقل [١].

٤- قواعد العرف :-

يعتبر من العرف [٢] في هذا الصدد ما درج عليه الناس من شروط مألوفه في بعض العقود حتي ينشأ في الاعتقاد أنها شروطا مفروضه دون أن تندرج في العقد . فالقاضي يطبق هذه الشروط العرفيه لتحديد نطاق العقد . ومثال ذلك. مادرج عليه العمل من اضافه نسبة معينه لأجر الفندق أو الطعام مقابل خدمه فتلك النسبة تعتبر مفروضه علي النزيل حتي ولو لم تكن معلنه في قائمة الأسعار . أو يوجد اتفاق يخالف ذلك .

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٢/٤/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٧٩ ص ٥٢٢، د/محمود الدين ذكى " مشكلات المسئولية المدنية ج ١ ١٩٧٥ ص ٢٢٥ فقرة ١٤٤.

(٢) راجع د. البدراوى - المرجع السابق ص ٣٩٣.

قصور الارادة يوجب علي القاضي استكمال العقد :-

لايبدأ دور القاضي في استعمال القواعد المكمله أو العرف أو قواعد العدالة الا حيث تخلو الارادة من تنظيم هذه المسألة . فعليه أولا أن يبدأ بالكشف عن الارادة بطرق التفسير المختلفة . فان لم يستطيع ذلك كان عليه أن يكمل مضمون العقد باستخدام الوسائل التى أشرنا إليها بعاليه . ومما يجب الاشارة إليه صراحة أن هذه المسألة أى تحديد نطاق العقد من مسائل القانون . ويخضع بالتالى قاضى الموضوع لنطاق الرقابة القانونية التي تباشرها محكمة النقض . فاذا أدخل القاضي في تحديد نطاق العقد مالا يجوز ادخاله بمقتضي أي من هذه العوامل فان حكمة يكون معيبا بالقصور في التسبيب ويكون واجب النقض والاحاله [١].

ثانيا : تكييف العقد :

١- ماهية التكييف :-

التكيف القانوني هو عملية ذهنية يقوم بها قاضي الموضوع بادخال العقد محل البحث في جنس معين من العقود . أو كما

---

(١) راجع د/ السنهورى - المرجع السابق ص ٦٢٢ بند ٤٠٨ ج ١ .

يعرفه الفقه [١]، [٢] " ان التكييف القانوني هو اضفاء الصفة القانونية المعروضه علي القاضي وذلك بأن يستبدل بمسماها العامي أو الدارج عملا المسمي القانوني المناسب من أجل تطبيق النظام القانوني المناسب لها عليها .أو أنه اعطاء العقد الوصف الصحيح الذي يتفق مع حقيقة ما قصده المتعاقدين منه ".

والتكييف القانوني للعقد علي هذا النحو السالف بيانه يمر بمرحلتين الأولي :- اعطاء العلاقات القانونية الوصف القانوني الصحيح . الامر الذي يوجب بدأه أن يبدأ القاضي بالتفسير للعقد . والثانية: يتم الوقوف علي العناصر الأساسية لكل عقد من العقود . وذلك بتحديد كل عقد منها وتمييزه عما عداه وبيان خصائصة الذاتية وبدون هذا لايستطيع القاضي اعطاء الوصف القانوني لأي عقد من العقود التي قد تعرض أمامه .

٢-الطبيعةالقانونيةله:-

بامعان النظر فيما سبق يتضح لنا أن التكييف من مسائل القانون أي يخضع فيها القاضي لنطاق الرقابه القانونية التي تباشرها محكمة النقض ويترتب علي ذلك نتيجتين هامتين هما:

---

(١) راجع الشيني ص ١١ ، د/ لبيب شنب ص ٢١٥.

(٢) راجع د/ اسامه أبو الحسن " عقد استثمار الأموال ، رسالة دكتوراه عين شمس ١٩٩٣ ص ١٦٧ - ١٧٠.

الأولي:

أن القاضي يقوم بعملية التكييف من تلقاء نفسه حتي يمكنه الاسترشاد وقوفا علي القواعد الآمره التي تطبق الزاما علي العاقدين . وما كان منها مفسرا لارادتيهما أو من القواعد المكمله يطبق في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم بعض مسائل العقد سواء عن قصد أو غير قصد [١].

الثانية:

عدم تقيد القاضي بالوصف الذي أسبغه العاقدين . فله الحق في اعطاء العقد وصفه الحقيقي من حيث الواقع . وقضت محكمة النقض تطبيقا لذلك " للمدعي الحق في أن يكيف دعواه سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع بحسب ما يري . وحقه في ذلك يقابله حق المدعي عليه في كشف خطأ هذا التكييف . والقاضي يهيمن علي هذا وذاك من حيث انطباق هذا التكييف علي الواقع وعدم انطباقه . ثم يطبق القانون علي ما يثبت لديه ". والقاضي وهو بصدد التكييف يخضع لنطاقه الرقابه القانونية كما سبق القول[٢].

---

(١) راجع د/ البدراوى – المرجع السابق ص ٣٩٠.
(٢) انظر نقض مدنى ١٩٣٢/٥/٢٥ مجموعة عمر ج ١ رقم ١٢٥ ص ٢٢٦.

ومن هنا يتضح الفارق واضحا بين التكييف والتفسير فالأول هو الصفة القانونية علي محتوي الاراده أما التفسير هو استخلاص وتحديد مضمون الاراده. ولابد من التفسير أولا ثم التكييف . كما أن التفسير من مسائل الواقع التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع . أما التكييف من وسائل القانون ويخضع القاضي لنطاق الرقابه .

المطلب الثالث

الزام العاقدين بما ورد في العقد

تمهيد :-

يعتبر العقد منذ تمامه بمثابة القانون بالنسبة للعاقدين وهذه قاعدة كشف عنها المشرع المصري في الماده ١٤٧ /١ مدني "أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقصة ولاتعديله الاباتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقرها القانون ".

ولكن هذه القاعده لها شق آخر يشد أزرها وهو أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق وحسن النيه . وهذا ما أشار اليه المشرع في عجز الماده ١/١٤٨ مدني " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيه ". وتعتبر هذه القاعدة في شقيقها المبدأ العام في تنفيذ العقود . الا أن المشرع لم يقف جامدا صامتا فقرر استثناء علي هذا المبدأ العام وهو الخاص بتطبيق نظرية الظروف الطارئه علي النحو الوارد في الماده ٢/١٤٧ مدني وتعديل القاضي لعقد الاذعان في الماده ١٤٩ مدني . ومن هنا تأتي الضرورة ملحة لبيان هذه الاحكام العامه موضحين المبدأ العام تنفيذ العقد . ثم الاستثناء الذي يرد عليه علي النحو التالي :-

المبدأ العام في تنفيذ العقد:

في حقيقة الامر أن هذا المبدأ العام أو القاعدة العامه لها شقين الاول يتناول " العقد شريعة المتعاقدين".

والثاني " ينفذ العقد بحسن نية " وسوف نعرض لها كما يلي:-

١-العقد شريعة المتعاقدين:-

أشار المشرع صراحة الي هذا الشق في عجز الماده ١٤٧ /١ مدني كما سبق أن أسلفنا . فالعقد يقوم مقام القانون في تنظيم علاقات العاقدين . ويطبقه القاضي عليها كما يطبق القانون . ومن ثم فان لايجوز نقضه أو تعديله الاباتفاق طرفيه. فالاراده المشتركه هي التي أنشأت العقد وحدها . وهي التي تستطيع انهاء أو تعديل العلاقات المتولده عنه سواء بعد ابرام العقد . أو اعطاء أحدهما عند ابرامه حق نقضه أو تعديله وانما لايجوز لأحد الافراد بالاراده المنفرده ذلك. لان ما تعقده الاراده المشتركه لايستطيع أن تحله اراده واحده ومع ذلك فهناك استثناء أنه فى أحوال استثنائية يجوز فيها للأفراد بل وللقاضي سلطة تعديل هذه الارادة المشتركة ومثال الاولي : العاقدين كما هو الحال في الوكالة والعارية

والوديعة بالغاء العقد . وكذلك كل العقود غير محدودة المدة .
ومثال الثانية أي سلطة القاضي في الغاء العقد ما جاء في المواد ٢/١٤٧من تطبيق نظرية الظروف الطارئه ١٤٩ مدني تعديل عقود الاذعان - ٢٢٤ /٢ سلطة القاضي في تحقيق الشرط الجزائي والماده ٣٤٦ مدني اعطاء القاضي للمدين مهله لسداد " نظرية المسرة " (١) .

٢- تنفيذ العقد بحسن نية :

سبق أن أشرنا الي ذلك في الماده ٢/١٤٨ مدني "أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية" فيجب علي القاضي عندما يلزم العاقدين بتنفيذ العقد أن يطلب منهما تنفيذه بحسن والأصل العام هو حسن النية في التنفيذ بصفه عامة . وتعتبر الماده ٢/١٤٨ سالف الذكر التطبيق الفعلي لقاعدة تنفيذ العقود بحسن نية.لأن مضمون العقد لايتحدد فقط بالعبارات الوارده فيه طبقا لما نواه العاقدين (٢) بل يشمل كذلك ما هو من مستلزماته وفقا للعرف وقواعد العدالة وقواعد القانون . ويقصد بحسن النية في التنفيذ أن الدائن عليه

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ١٥٩.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى - المرجع السابق ص ٣١٣.

أن يسهل علي المدين تنفيذ الالتزام [١]. وأساس هذه الفكرة يرجع الي التعاون في تنفيذ العقد . فاذا قام المقاول بتوصيل أسلاك كهربائية عليه توصيلها من أقرب طريق والناقل عليه نقل البضاعة من أصلح وأقصر وأقل الطرق . والالتزام بتنفذ العقد بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية مظهر خاص في عقد العمل وعقد الوكاله [٢].

استثناء علي المبدأ العام :" نظرية الظروف الطارئه- تعديل عقود الاذعان "

يرد علي القاعدة العامة استثناء ين الأول ورد في الماده ٢/١٤٧ مدني وهي الخاصة بالظروف الطارئة وسلطة القاضي ايذاء توافر ظروفها - والماده ١٤٩ مدني التي تعدل عقد الاذعان اذا كانت هناك شروط تعسفية لصالح الطرف المذعن . وسوف نعرض لهما علي النحو التالي:-

أ- نظرية الظروف الطارئة :

تناول المشرع هذه النظرية في عجز الماده ١٤٧ /٢ مدني " ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع

---

(١) راجع د/ ريبير وبولانجيه - المرجع السابق فقرة ٢٢١.

(٢) انظر محكمة السين ١٨٩٦/٦/٤ دالوز ١٨٩٨ - ٢ - ٧٣ - ١ .

توقعها وترتب علي حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي. وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين . بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنه بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الي الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق علي خلاف ذلك ". يتضح من هذا النص أن المشرع اشترط جملة شروط لإعمال هذه النظرية وحدد سلطة القاضي اذا توافرت هذه الشروط - وبالتالي لابد لنا من ايضاح هذه الشروط ثم بيان سلطة القاضي في تعديل العقد عند توافرها كما يلي :

١- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئه:

لكي تنطبق هذه النظرية لابد من توافر الشروط الثلاثه التالية:

اولا: أن يكون تنفيذ العقد لم يبدأ أو لم يكتمل :-

هذا الشرط يوضح أنه لإعمال النظرية أن يتم العقد فعلا دون أن يكون تنفيذه قد تم . فاذا تم التنفيذ فلا مجال لاعمالها . وهذا مايعبر عنه بكون العقد متراخي التنفيذ. وهذا التراخي في حالة عقود المدة كما يكون في العقود الزمنية . واذن فلا اقتصار للنظرية علي العقود الزمنية. بل انها تنطبق علي العقود الاحتمالية اذ انها تقوم علي المضاربة. ومن المعلوم أن المضارب يتوقع

كل شئ . واذا كان لايتعين أن يكون تنفيذ العقد لم يبدأ فانه يتعين أن يكون تنفيذه لم يتم . فاذا كان هناك تنفيذ جزئي فان نظرية الظروف الطارئة تنطبق علي هذا الجزء [١] ومن ناحية ثانية لايشترط أن يكون تراخي التنفيذ قائما بالنسبة للالتزامين المتقاربين بل يكفي أن يكون قائما بالنسبة لواحد منهما بحيث تنطبق النظرية .

ثانيا: طرؤ حادث استثنائي عام ليس في الوسع توقعه:

يقصد بالحادث الاستثنائي الحادث نادر الوقوع[٢] والعام أي غير القاصر علي المدين كالإفلاس أو الاعسار أو حريق المتجر أو غرق الزراعة. بل يكون شاملا لطائفة من الناس .مثل الحرب- الفيضان الاستيلاء الاداري- التسعير الجبري . وأما عن ليس في الوسع توقعه . فان الحادث اذا كان من الممكن توقعة مثل الفيضان وانتشار الآفات الزراعية كان أثرها علي الالتزام راجعا الي خطأ المدين الذي كان عيبه تجنبها أو ادخالها في حسابه عند التعاقد . ويترتب علي كون الحادث غير ممكن توقعه أن يكون غير ممكن دفعه .والا كان عدم تجنبه راجعا كذلك الي خطأ المدين[٣].

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ١٦١.
(٢) راجع د/ حشمت أبو ستيت فقرة ٣٤٤.
(٣) راجع د/ محمود جمال الدين ذكي ، المرجع السابق ص ٣١٨.

ثالثا: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة:

مما يجب التنوية اليه أنه اذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا كنا بصدد قوة قاهرة وليس حادثا طارئا . ويترتب علي ذلك انقضاء الالتزام . ولكن المعول عليه بعد حدوث الظرف الطارئ أن يترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة . والارهاق الذي يعتد به في هذا الشأن . هو الارهاق الشديد الذي يجاوز الخساره المألوفة في التعامل . ويجب تقديره بالنظر الي موضوع العقد طبقا لمعيار مادي أو موضوعي لادخل للظروف الخاصة بالمدين فيه . فلا اعتداد بالظروف الشخصية .

سلطة القاضي ازاء العقد عند توافر شروط الحادث الطارئ

أبرز المشرع هذه السلطة في عجز ١٤٧ /٢ "........ جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنه بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الي الحد المعقول ...... الخ النص". يتضح من هذا النص أنه متي توافرت شروط الحادث الطارئ علي النحو التالي الذي سبق أن أسلفناه جاز للقاضي وهي سلطة جوازية أن يعدل العقد بالطريقة التالية " رد المرهق الي الحد المعقول ".

وللقاضي آن يختار بين آكثر من وسيلة لهذا التعديل علي النحو التالي :-

١- له أن يأمر بوقف تنفيذ العقد اذا كان الحادث مؤقتا يرجي زواله .

٢- له أن ينقص التزام المدين بتوريد كمية من صنف أقل يفي بالغرض أو يخفف القسط المراد دفعه آو تخفيض القسط المراد دفعه آو تخفيض الفوائد .

٣- وله آيضا آن يزيد من التزام الدائن بمقدار مايجاوز الزيادة المألوفة التي ينبغي علي المدين أن يتحملها .

وله الجمع بين الوسيلتين الثانية والثالثة[١]. ومما ينبغي الاشارة اليه في هذا المقام أن حكم هذه النظرية متعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق علي ما يخالف أحكامه . واذا طلب المدين الفسخ عند وجود الظرف الطارئ فلا يجيبه القاضي الي طلبه لانه بذلك آي في حالة اجابته للفسخ سوف يفلت من تنفيذ العقد

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٦٣.

ب- تعديل عقود الاذعان :

تناول المشرع في الماده ١٤٩ مدني النص علي ذلك فجاء النص : " اذا تم التعاقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق علي خلاف ذلك ".

يتضح من هذا النص - سالف الذكر -آن المشرع حبي القاضي بسلطة واسعة النطاق علي خلاف القواعد العامة في آثر القوة الملزمة للعقد . وهي أن للقاضي طبقا لهذا النص آن يعدل الشروط التعسفية التي تحويها عقود الاذعان أو آن يعفي منها الطرف المذعن . وذلك طبقا لما توجه العدالة. وللقاضي تقدير ما اذا كان البند تعسفيا فيعدله أو يلغية أم ليس كذلك فيظل كما هو . وله الخيار أيضا بين تعديل النبد اذا ما رآه تعسفيا والغائه كلية ويقع باطلا كل اتفاق علي خلاف ذلك " والاصارت الحماية وهمية بإدراجه في العقد وبدفع عن القاضي هذه السلطة ازاءه . ويذهب البعض في الفقه[1]، الي أن المبرر الذي حول القاضي هذه السلطة الواسعة هو الخصوصية التي ينفرد بها عقد الاذعان وهي " وقوع آحد طرفيه تحت رحمة الطرف الآخر " .

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٣١٣.

الفصل الرابع

جزاء الاخلال بقواعد العقد

تمهيد:

اذا انعقد العقد صحيحا منتجا لاثارة القانونية فعلي المدين الانصياع إلي تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد . والا كان المدين مسئولا في مواجهة الدائن عن عدم التنفيذ آو التأخير فيه .

والمسئولية هذه مسئولية عقدية ، الا آن هذا ليس هو الجزاء الوحيد . بل يستطيع أحد طرفي العقد التحلل من هذه الرابطة العقدية بالمطالبة بالفسخ . كما يجوز لأحد طرفيه إن آراد الابقاء علي العقد آن يقف تنفيذه. ولكننا نظرا لأهمية الجزاء الآول متمثلا في المسئولية العقدية سرف نخصص هذا الفصل له مرجئين الحديث عن الفسخ والدفع بعدم التنفيذ عند الحديث عن انحلال العقد آو انقضاء العقد . ومن ثم تأتي خطة بحثنا في هذا الفصل علي الجزاء الاول وهو المسئولية المدنية العقدية . ولما كان المدين عند اخلاله بتنفيذ الالتزام يكون مسئولا عن هذا الفعل الشخصي باتباع قواعد التنفيذ العيني. ومن ثم تكون المسئولية

العقدية شخصية . ولما كان المدين عند تنفيذ قد يستعين بالغير من العملاء أو أتباعه وكذلك أشياء معينه فانه يسأل عن فعل الغير والاشياء . ونظرا لأن المشرع خول أطراف هذه المسئولية خطة تنظيمها فجعل هناك اتفاقات علي رفع المسئولية أو الاعفاء أو التخفيف منها . ومن ثم تأتي خطة البحث منقسمة الس ثلاثة مباحث:-

يتناول الآول: المسئولية العقدية عموما ،

والثاني : المسئولية العقدية عن فعل الغير

ثم يتناول الثالث: اتفاقات المسئولية العقدية .

المبحث الآول

المسئولية العقدية عموما

تمهيد:

قد يتبادر الي الذهن للوهله الاولي آن اجبار المدين علي تنفيذ التزامه عينا أو مايسمي بالتنفيذ العيني هو المسئولية العقدية . ولكن لاصلة اطلاقا بين المسئولية العقدية والتنفيذ العيني. فالآولي هي: جزاء اخلال آحد العاقدين بالتزام ناشئ عن العقد الذي أبرامه ،أما التنفيذ العيني هو احدي صور الالتزام . أما عينا آو بطريق التعويض. وتقوم المسئولية العقدية من ثم اذا استحال تنفيذ الالتزام عينا حتي ولو كان هناك تنفيذا جزئيا أو بعد الوقت المحدد له . فالتنفيذ المتآخر والمعيب صورتان لعدم التنفيذ الجزئي [١].

وطالما تحدثنا في نطاق المسئولية العقدية فلا بد لقيامها أن يكون عدم التنفيذ راجعا الي خطئه والا كان غير مسئول . وأن ينتج ضرر عن اخلال المدين بالتزامه . والا ماكان هناك محلا للتعويض . ولايعني أن يكون الضرر ناشئ مباشرة عن الخطأ

---

(١) راجع د/ سعيد عبدالسلام ، أحكام الالتزام عام ١٩٩٥ ص ٤٧.

أي مرتبط به برابطة السببية. ومن ثم فلا بد لنا من بيان أحكام هذه المسئولية من حيث ماهيتها وعناصرها علي النحو التالي :-

اولا: ماهية المسئولية العقدية :-

المسئولية العقدية هي جزاء اخلال أحد العاقدين بالتزام ناشئ عن العقد الذي أبرمه ولا صله لها بالتنفيذ العيني - كما سبق القول - ولايكفي في الفقه التقليدي لقيامها أن يكون هناك استحالة في التنفيذ العيني بصفة نهائية ، بل يجب أن تكون الاستحالة مطلقة . ولقد غاير الفقه الحديث هذا النظر حيث أجاز للمدين العدول عن التنفيذ حتي ولو كان ممكنا اذا كان فيه إرهاق له ، ويقتصر الأمر علي دفع تعويض نقدي متي كان هذا العدول لايلحق بالدائنين ضررا جسيما . ويجوز كذلك أن يتحقق العدول عن التنفيذ العيني بتراضي من العاقدين . وان كان لايمكن لأحدهما في غير هذه الحالة أن يفرضه علي الاخر . عندما يطالب الدائن بالتعويض ولايعرف المدين تنفيذ التزامه عينا ولا مفر في الحالتين من قيام المسئولية العقدية رغم امكانية التنفيذ العيني [١].

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٣٢٣ ، فقرة ١٧٨.

ثانيا: عناصر المسئولية العقدية :

لاتكتمل أركان هذه المسئولية الا بتوافر عناصر ثلاثة هي : الخطأ- الضرر - السببية .

١- الخطأ العقدي :

يذهب جموع الفقه الفرنسي والمصري [١]،[٢] الي أن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين الالتزام الناشئ عن العقد . ولايجدي لتخلص المدين من هذه المسئولية العقدية سوي نفى السببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب الدائن منه ويستوي آن يكون عدم التنفيذ كليا أم جزئيا[٣]، وكذلك يدخل في هذه الأحوال التآخير في تنفيذ الالتزام . ذلك أن المدين طبقا للمادة ٢١٥ مدني مسئولا عن استحالة التنفيذ عينا وعن التأخير في التنفيذ . فالمدين الذي لاينفذ التزامه الناشئ عن العقد يرتكب خطأ ، وهذا مادعي البعض الي القول أن عدم تنفيذ الالتزام هو مرادفا لاصطلاح خطأ المدين . وبالجملة يمكن القول أن عدم

---

(١) راجع د/ السنهوري ، نظرية العقد فقرة ٨٥١ ، سليمان مرقس ، أسباب الاعفاء من المسئولية المدنية ، رسالة القاهرة باللغة الفرنسية ١٩٣٦ ، ص ١٠٧.

(٢) أنظر مازو - المسئولية (الطبعة الرابعة) ج ١ فقرة ٦٥٦.

(٣) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٣٢٦.

تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد يعتبر قرينة قاطعة علي الخطأ لاتنتقي هذه القرينة الا بنفى علاقة السببية بين الخطأ المفروض والضرر الذي لحق الدائن . ولكن يذهب أستاذنا الدكتور / محمود جمال الدين زكي ، الي العكس من ذلك [١] "أنه لايجوز القول أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه قرينة علي الخطأ لأن عدم التنفيذ هو الخطأ العقدي ذاته . ويختلف عدم التنفيذ طبقا لما اذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة ، فيتصور الخطأ العقدي من خلال عدم تحقيق المدين النتيجة . ففي عقد النقل يعتبر آمين النقل مسئولا مسئولية تعاقدية اذا لم يتم تسليم البضاعة الي المرسل اليه دون حاجة لثبوت وقوع الخطأ .

وقد قضت محكمة النقض تطبيقا لهذا المبدأ[٢] " يكفي لقيام الخطأ في المسئولية العقدية ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة علي العقد ولا ترفع عنه المسئولية الا اذا قام باثبات أن عدم التنفيذ يرجع الي قوة قاهرة أو سبب آجنبي أو بخطأ المتعاقد الاخر ..واذا كنا بصدد التزام ببذل عناية كما هو الحال في التزام الطبيب ، فان المدين يكون قد نفذ

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٣٢٧.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٨٦/٥/١٧ منشور فى مجلة نادى القضاة الفصلية .

اذ بذل العناية المطلوبة بصرف النظر عن النتيجة . وهذه العناية هي عناية الشخص المعتاد أي لايظهر الخطأ الا بتقدير سلوك المدين ومقارنته بسلوك الشخص الذي جعل قدر عنايته معيار الوفاء بهذا الالتزام وثبوت قصوره عن هذه العناية. فهذا القصور أو الاهمال أو عدم الاحتياط هو أن يتكون منه خطأ المدين . وقد أوضح الشرع مقياس ذلك المعيار في عجز الماده ١/٢١١ مدني " في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ علي الشئ . وان يقوم بإدارته . أو أن يتوخي الحيطة في تنفيذ الالتزام . فان المدين يكون وفي بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل مايبذله الشخص العادي. ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا مالم ينص القانون أو الاتفاق علي غيره".

ولكن السؤال الذي يثور في الذهن حاليا هل لدرجة الخطأ أثر في توافر المسئولية العقدية ؟. يقصد بدرجة الخطأ اليسير والجسيم ، القاعده العامة أنه لاتأثير لجسامة الخطأ علي قيام هذه المسئولية ، فلا عبره بالاسباب أو البواعث أو الظروف التي لابسته في تقدير وجوده طالما لم ينشأ عن سبب أجنبي لايد للمدين فيه . لأن المدين يكون في غير هذه الاحوال مسئولا قبل الدائنيين . ومع ذلك فقد رتب المشرع علي جسامة الخطأ نتائج هامة في

تعيين مدي هذه المسئولية والاتفاقات المتعلقة بها . أي أن المشرع سوى بين الغش والخطأ الجسيم . حيث قرر هذه التسوية والإتفاقات المتعلقة بها أي أن المشرع سوي بين الغش والخطأ الجسيم ، حيث قرر هذه التسوية في بطلان الاتفاق علي رفع المسئولية العقدية . وفي التزام العاقد بتعويض الضرر غير المتوقع . أو زيادة علي المبلغ المحدد في الشرط الجزائي . ويقع عبء اثبات الخطأ العقدي علي عاتق الدائن . اذ آنه هو الذي يدعي عدم تنفيذ المدين لالتزامه . وذلك بآن يقوم في الالتزام بتحقيق نتيجة بإثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة ، أي يثبت قيام الالتزام ثم يكلف المدين باثبات الوفاء به . وفي الالتزام يبذل عناية يثبت الدائن عدم بذل العناية المطلوبة أي أن هناك تقصير أو اهمال أو عدم احتياط في التنفيذ .

الضرر :-

يمكن القول بأن الضرر هو الاخلال بمصلحة مالية للمضرور والمضرور في هذا المجال هو الدائن الذي عاد عليه ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه آو تأخيره عن تنفيذ هذا الالتزام . ويعتبر الضرر العنصر الثاني من عناصر المسئولية العقدية. ولايشترط أن يكون الضرر قد وقع بالفعل وانما يمكن آن يكون

محقق الوقوع في المستقبل ومن ثم يخرج الضرر الاحتمالي عن مجال هذه المسئولية العقدية الااذا تحقق بالفعل [(١)]. ومثال ذلك الضرر المحتمل الوقوع في المستقبل مثال ذلك أن تعاقد صاحب مصنع علي شراء معدات أولية للانتاج، فاخل المتعاقد مهع بالتزامه، فهنا يلحق ضرر ما في المستقبل من جزاء عدم توريد تلك المواد وخصوصا في حالة نفاذ كمية المواد الاولية لديه ، أما مثال الضرر المحتمل كما هو الحال اذا قام المستأجر باجراء تغييرات في العين المؤجرة آدت الي حدوث خلل قد يؤدي الي انهيار في المستقبل فاحتمال انهيار المسكن هو ضرر محتم لايعوض عنه الا اذا تحقق ، والضرر نوعان: اما ضررا ماديا ، واما ضررا أدبيا ، ولا فارق بين النوعين من حيث أحكام التعويض عنها ،اللهم الا في الأخير حدد المشرع أشخاصا معينة للمطالبه به ، وقيد إنتقال الحق في التعويض عنه [(٢)]. ولكن التساؤل الذي يثير الاهتمام هل يعوض الدائن عن جميع الأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ العقد أو التأخير في التنفيذ ؟.

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ١٨٥.

(٢) راجع د/ سعيد عبدالسلام ، التعويض عن ضرر النفس فى المسئولية التقصيرية عام ١٩٨٨ ، رسالة القاهرة ، ص ٢٢١ ، ٢٣٢.

لقد وضع المشرع المصري معيارا لذلك في عجز المادة ٢٢١ مدني "....... بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن آن يتوقاه ببذل جهد معقول ". فيفهم من ذلك النص سالف الذكر أنه لاتعويض الا عن الضرر المباشر فقط . والضرر المباشر وفقا لهذا التحديد هو الذي يرتبط بالخطأ بعلاقة سببية . ولذلك تقف عنده مسئولية المدين . ويقتصر عليه التزامه بالتعويض .أما الضرر غير المباشر فينجم في الواقع عن خطأ الدائن الذي كان في وسعه أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، ولكنه لم يبذله فلا تقوم من ثم علاقة سببية بينه وبين خطأ المدين ومن الامثلة الشائعة للضرر المباشر الواجب التعويض عنه في مجال المسئولية التقصيرية آنه اذا تعاقدت مصلحة السكة الحديد مع شخص علي نقل الات وابور المياه . ثم حصل للقطار حادث تسبب في تلف الات الوابور المذكور ، فهناك تسأل مصلحة السكة الحديد عن الضرر المباشر وهو فقد هذه الآلات .اما عن الضرر غير المباشر المتمثل في فقد هذه الالات ، وأما الضرر غير المباشر المتمثل في تعاقد صاحب الوابور مع مجموعة من المزارعين لرأى أرضهم فتلفت زراعتهم فلا تسأل عنه السكة الحديد اذا كان

صاحب الوابور المتعاقد مع المزارعين يستطيع تدبير وسيلة أخري للري . وفي داخل الضرر المباشر يتعين التمييز بين الضرر المتوقع وغير المتوقع . اذ لم يشمل التعويض في المسئولية العقدية الا الضرر المتوقع فقط . أما غير المتوقع فلا يسأل المدين عنه الا اذا كان ناشئا عن غش أو خطأ جسيم ، وهذا هو ما أكد المشرع عليه بما نص عليه في المادة ٢/٢٢١ مدني "...... فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ".

ولايقتصر الضرر المتوقع على وقت التعاقد . ولتحديد ما اذا كان الضرر متوقعا أو غير متوقع يرجع فيه إلي معيار الشخص العادي أي إلي معيار موضوعي ، وليس معيارا ذاتيا . وتوقع الضرر يجب آلا يقتصر علي مصدر هذا الضرر آو سببه . بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه (١) ، ولنسوق المثال التالي لهذا التحديد :

اذا ضاعت أثناء تنفيذ عقد النقل الرسالة بسبب أمين النقل

---

(١) راجع السنهورى ، ج ١ فقرة ٤٥٣ ، الصدة فقرة ٣٢١ ، من نفس فقرة ٢٦٤ ، اسماعيل غانم فقرة ٣٥.

. وكانت تحتوي هذه الرسالة علي أشياء ثمينه بداخلها . فهل يعوض عن فقد الرسالة باعتبارها ذاتها بصرف النظر عما تحويه من أشياء ثمينه باعتبار آن هذا الضرر هو الذي توقع في العقد ؟. يجب التعويض عن الرسالة بما تحوية من أشياء باعتبار أن الضرر المتوقع يجب الا يقتصر علي هذا الضرر أو سببه بل ينبغي آن يتناول فوق ذلك مقداره آو مداه.ويقع علي عاتق الدائن عبء اثبات الضرر فعليه اقامة الدليل علي الضرر الذي عاد عليه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه . وترجع العلة في قصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع فقط إلي أن المتعاقدين هما اللذان أنشاء الالتزام وحددا نطاقه .

ولذلك يقتصر التعويض علي ما كان يدخل في حسابهما .

علاقة السببية :-

يقصد بعلاقة السببية أن يكون بين الخطأ والضرر ارتباط السبب بالمسبب ،أي يكون الضرر ناتج منه مباشرة وتابعا عن الخطأ وتعتبر السببية العنصر الثالث لاستجماع أركان المسئولية العقدية . فقد يتحقق الخطأ والضرر ولكن لاقيام للمسئولية العقدية ، لانه لا أرتباط بين الخطأ بعلاقة السببية- ومثال ذلك في عقد النقل قد

يحدث آن يسير سائق سيارة بسرعة عالية وتتلف البضاعة المنقولة ويتبين آن سبب التلف ليس السرعة وانما تكون البضاعة قابله للكسر ولم يحزمها صاحبها بطريقة صحيحة ، فكانت حتما تتلف حتي ولو تجاوز السائق السرعة القانونية .

ويقع علي عاتق الدائن كقاعدة عامة [١] اثبات علاقة السببية بين عدم التنفيذ للالتزام والضرر الذي عاد عليه . اما علاقة السببية بين عدم التنفيذ وسلوك المدين فهي مفتوحة ولا يكلف الدائن باثباتها بل يجب علي المدين للتخلص منها آن يقيم الدليل علي أن عدم التنفيذ يرجع الي سبب آجنبي عنه . واشارت الي ذلك المادة ٢١٥ مدني اذ استحال علي المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . مالم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب آجنبي لابد له فيه ، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ".

ويذهب الفقه الي القول أنه بذلك النص سالف الذكر [٢] يكون المشرع افترض علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي عاد علي الدائن .

---

(١) راجع د/ حشمت أبو ستيت ، فقرة ٣٦٤ ، الصدة فقرة ٣٢٢ ، السنهورى فقرة ٤٥٤.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، ص ٢٢٨.

ويفهم من ذلك النص أيضا أن علاقة السببية تنقطع اذا وجد سبب أجنبي . فما هو السبب الأجنبي ، وما هي صوره ..

لقد ذهب الفقه الي القول أن السبب الاجنبي هو أمر غير منسوب الي المدين أدي الي حدوث الضرر الذي لحق بالدائن .

وأهم صوره هي:-

.القوة القاهرة/ الحادث المفاجئ / فعل الدائن / فعل الغير).

وسوف نعرض لهذه الصور بشئ من الايجاز غير المخل:-

١-القوة القاهرة والحادث المفاجئ

يجمع الفقه القضاء علي آن القوة القاهرة لاتختلف عن الحادث المفاجئ ، اذ يجمعهما ضابط واحد وهو آيضا آمر غير منسوب للمدين يقومان علي عدم امكان التوقع واستحالة الدفع ويوديا الي استحالة التنفيذ . ومن ثم فهما أسمين لمسمي واحد[1]. وسوف نعرض للضوابط المشتركة بينهما وهي :-

عدم امكان التوقيع - استحالة عدم رجوعهما للمدين .

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ص ٣٥٦.

أ- عدم امكان التوقيع :-

يقصد بعدم امكانية التوقيع ألا يكون الحدث من الممكن توقعه كأن يقع الحدث في مواعيد دورية حتي ولو كانت متباعدة إو يقع في بعض الأحيان ، فلا يعتبر قوة قاهرة أو حادث فجائي اذ كان يتعين علي المدين أن يتوقعه ويقوم بما يكفي لمنعه من الوقوع . والمعيار الذي يجب الاستناد اليه لتقدير امكانية التوقع من عدمه هو معيار موضوعي وليس شخصي أي بمعيار الرجل العادي . فلا يكفي لاعتبار الامر غير متوقع الا يكون المدين قد توقعه . بل يجب ليثبت له هذا الوصف ألا يتوقعه الرجل المعتاد [1]. ويعبر الفقه [1]عن ذلك بأن عدم امكان التوقع يجب ألا يكون مطلقا ولايكفي أن يكون نسبيا ، انما لايجوز اعتمادا علي صفة الاطلاق هذه بالقول بأن كل الأمور ممكن توقعها غير التي تقع لأول مرة . والعبرة في تقدير عدم امكانية التوقيع هي وقت ابرام العقد ، فلا يجوز للمدين بداهة أن يحتج بالقوه القاهرة اذا كان الامر الذي أدي الي استحالة تنفيذ التزامه ممكن توقعه وقت التعاقد . أما إذا ظهرت هذه الصفة أثناء التنفيذ فانها لاتمنع المدين من التمسك بالقوة القاهرة والحادث الفجائي.

---

(١) راجع مازو ، دروس فى المسئولية المدنية ج ٢ فقرة ٥٧٦ مشار اليه فى جمال الدين ذكى ، هامس ٢ ص ٢٣٣.

ب- عدم استطاعة الدفع :-

يقصد بعدم استطاعة دفع الحدث الذي ينفي النية وبالتالي عدم قيام المسئولية العقدية ، أي أن يكون هناك استحالة مطلقة للتنفيذ ولاتكفي الصعوبات مهما كانت هائلة لقيام عدم الاستطاعة ،فلا يعتبر قوة قاهرة فجائيا اذا استطاع المدين تنفيذ التزاماته ولو بتضحيات بالغة . ويقدر عدم استطاعة الدفع بمعيار مجرد مثل عدم امكانية التوقع . اذ المعيار موضوعي وليس شخصى للاعتداد بشخص المدين والظروف الخاصة به ومن ثم لثبوت عدم استطاعة الدفع أنه يستحيل علي الرجل العادي تجنبه أو يصبح بطروئه تنفيذ الالتزام علي الرجل العادي مستحيلا . فلو تعهد تاجر بتوريد سلعة يتم استيرادها من الخارج . ثم حدث ان قامت حرب منعت الاتصال بهذه الدولة فلا يعتبر الحدث، هنا قوة قاهرة ، اذ يستطيع التاجر تنفيذ التزامه باستيراد هذه السلع من دولة أخري ولو كانت أعلي من المتعاقد عليه .

ج- عدم رجوعه الي المدين :-

يتضح من الماده ٢١٥ مدني"......... لايد له فيه ...... الخ النص " آلا يكون الامر نتيجة فعله . والا يسبقة أو يقترن به

خطأ عقدي في جانبه . فلا يعتبر الامر قوة قاهرة اذا كان فعل المدين سبب وقوعه . ولو كان هذا الفعل لايعتبر في حد ذاته خطأ تعديا منه .

٢- فعل الدائن :-

اذا وقع الدائن ، كما سبق القول ، بعدم امكان التوقع واستحالة الدفع فانه يعتبر قوة قاهرة ويترتب علي ذلك نفى علاقة السببية. ويكون لفعل الدائن هذا الوصف ولو لم يكن هناك خطأ من جانبه [1] ، مثل سقوط المسافر اثناء ركوبه الأتوبيس لاعترائه حالة اغماء ثم حدوث اصابته ، انما لايستلزم لانتفاء خطأ المدين وتبعا له مسئولية ، أي يتوافر لفعل الدائن خصائص القوة القاهرة.

٣- فعل الغير :

يقصد بالغير هنا ، الأجنبي عن العقد الذي لايكون المدين مسئولا عنه ويعتبر سببا أجنبيا يترتب عليه نفي علاقة السببية ، وبالتالي عدم قيام المسئولية العقدية اذا توافرت فيه شرائط القوة القاهرة .

---

(١) أمثلة فى قضاء النقض الفرنسى لفعل الدائن الموصوف بالخطأ ، مشار اليه فى جمال ذكى ص ٣٦٦ هوامش ٨ ، ٩، ١٠ وهى : سقوط المسافر على الأرض لمحاولته ركوب القطار فى أثناء السير - انزلاق قدم الراكب من فوق سلم العربية المغطى بأكلبير - عبور مجاز السكة الحديد رغم المنع - تلف الرسالة أثناء النقل نتيجة سوء التعبئة أو بدون تلف أو تغليف أو غير تغطية كافية .

المبحث الثاني

المسئولية العقدية عن فعل الغير والأشياء

تمهيد :-

نري في تلك الاونه من الزمان توسع النشاط الاقتصادي ، الامر الذي ترتبط يه ان كثيرا من العقود ولايمكن للمدين تنفيذها بنفسه، ومن ثم فقد يقوم المدين باحلال الغير محله في تنفيذ العقد كلية أو احلالا جزئيا أي يصبح الغير بديلا عنه. وهذه هي الصوره الغالبة في عمل المقاول الاصلي باحلال المقاول من الباطن محله في تنفيذ العملية محل العقد . وقد لايقوم المدين بذلك الاحلال ولكن يستعين بتنفيذ العقد بواسطة مندوبين او مساعدين أو عمال له يقومون بذلك العمل تحت رقابته حيث لايقوم البديل أو المساعد للمدين بتنفيذ العقد طبقا لما هو متفق عليه . فما مدي مسئولية المدين عن خطأ هولاء وما أساس ذلك من الناحية القانونية[1]. لكن يجب الاشاره الي أن هناك من العقود لايجوز فيها ذلك مثل عقود الخدمات الطبية أو تكون

---

(١) راجع للمؤلف بحث مطول فى المسئولية المدنية للمحامى عن أخطاء مساعديه ، عام ١٩٩٥ ص ١٢ - ٢٢.

لشخصية المدين فيها اعتبار ملحوظ أو كانت طبعية العقد تستلزم قيام المدين فيها اعتبار ملحوظ أو كانت طبعية العقد تستلزم قيام المدين بنفسه بهذا الالتزام . وقد يستخدم المدين أشياء في تنفيذ العقد مثل عقد النقل . فالناقل يستخدم السيارة أو الاتوبيس في نقل الراكب سليما معافا الي جهة الوصول فقد يكون بالشئ عيب لم يدركه المدين فمدي مسئولية المدين عن هذه الأشـيـاء . وبالتـالي تأتي دراسـتنا في هذا المـبـحث مـتناولة مطلبين:-

يتناول المطلب الآول : مسئوليـة المـدين عن نقل الغيـر ..
بينما يتناول الثاني : مسئولية المدين عن الاشياء .

المطلب الاول

مسئولية المدين عن فعل الغير [١]

ماهية الغير :-

ذكرنا سلفا أن المدين قد يستخدم اشخاصا لتنفيذ العقد اما بدلا عنه كما هو الحال في مثال المقاول من الباطن واما مساعدين أو مندوبين له نواب عنه[٢] في تنفيذ العقد . كما هو الحال في مثال العامل الذي يستعين به صاحب المصنع في تنفيذ ماتعهد بصنعه . والفرق بين البديل والمساعد واضحا . فدور الاول الحلول محل المدين والتنفيذ بدلا عنه كما قام المقاول من الباطن بانشاء المباني وتجهيزها بدلا من المقاول الأصلي فاذا أخطأ المقاول من الباطن أي لم يقم بانشاء المبني وتسليمه في الوقت المحدد طبقا للعقد ، فانه يكون قد ارتكب خطأ عندما يسأل عنه المدين أما دور الثاني يقتصر علي معاونة المدين في تنفيذ التزامه وخاضعا لاشرافه . ويكون المدين في هذه الأحوال مسئولا كذلك قبل الدائن عن خطأ من استخدمه في تنفيذ التزامه

(١) راجع د/ مأمون عبدالرشيد ، بحث مطول ، المسئولية العقدية عن فعل الغير ص ١١٠ - ١١٣.

(٢) هناك فرق بين عمل المساعدين اذ عملهم فى نطاق الأعمال المادية أما النواب فمجاله التصرفات القانونية .

اذا ارتكب في الاستعانه بغيره خطأ معينا كسؤ اختياره للبديل عنه أو اهماله في ملاحظة العامل لديه (١) ، ويجمع الفقه (٢) في مصر وفرنسا علي مسئولية المدين عن أخطاء معاونيه من بدلاء أو مساعدين في حالة اخلالهم بتنفيذ الالتزام العقدي ، سواء رجع الخطأ اليه شخصا أم الي خطأ أحدهم . ولا أهمية مطلقا لطبيعة العلاقة بين المدين ومن استعان بهم في تنفيذ العقد . ولا ما اذا كانت العلاقة عرضية ام دائمه . أو ما اذا كانوا يتلقون أجرا أم تبرعا . وقد ذهب البعض الي القول (٣) أن نشاط المساعدين في مواجهة الدائن يعتبر نشاطا للمدين ، بحيث يتساوي في دائرة العقد فعل المدين ومساعدية من بدلاء ومعاونين فيكون الخطأ الصادر من أحدهم أو الغش كأنه صادر من المدين . ونشير في هذا المقام الي ان المشرع المصري أو المشرع الفرنسي لم يتناول هذه بالتنظيم التشريعي ، علي خلاف الحال في القانون المدني الالماني الذي جاء في نص المادة ٢٧٨ منه " يسأل المدين عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه علي ذات الوجه

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ، المرجع السابق ، ص ٣٦٨.

(٢) راجع د/ بهجت بدوى ، فقرة ٣٢٢ ، مرقص فقرة ٢٦١ أصول الالتزامات – الصدة فقرة ٣١٢ – حشمت أبو ستيت فقرة ٣٥٩ – السنهورى فقرة ٤٣١ – مازو وتانك فقرة ٩٩٠ . بلانيول وريبير ج ٦ فقرة ٣٨١.

الذي يسأل فيه عن خطئه الشخصي ". وكذلك المشرع السويسري في المادة ١/١٠١ من تقنين الالتزامات السويسري " يسأل المدين عن الضرر الذي يحدثه المساعدون في انجاز العمل الذي عهد اليهم به ".

أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير :-

لقد احتدم الجدال في أوساط دوائر الفقه في تحديد الآساس القانوني لهذه المسئولية عن فعل الغير . فذهب البعض الي اقامة هذه المسئولية علي اساس المادة ١٧٤ مدني والخاص بمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه الواردة في مجال المسئولية التقصيرية من باب القياس . ولكن هذا الاتجاه غير الذين يعاونون المدين في تنفيذ العقد للضرورة الاقتصادية هم البدلاء الذين يحلون محل المدين كلية ، أي مستقلين عن المدين ولما أشراف أو خضوع للمدين في تنفيذ الالتزامات . وكذلك الحال في المساعدين فقد يعاونون المدين لكنهم لايخضع للرقابة والتوجيه .

بينما ذهب اتجاه ثان ، يري أن أساس هذه المسئولية يكمن في فكرة الخطأ علي خلاف يفهم هل هو خطأ ثابت قبل المدين أم خطأ مفترض ضده في اختيار مساعديه أو خطأ في الرقابه. علي

أن هذه الفكره كسابقتها لم تلق رواجا في الفقه اذ أنه لايمكن القول أن هناك خطأ ثابت في حق المدين للاستعانه بالغير وهم البدلاء والمساهمين .

اذ أن هذه الاستعانه- كما قدمنا - ضرورة لايمكن الاستغناء عنها في ظل الظروف الاقتصادية الحديثة . كما أن الخطأ المفترض لابد يستند الي قرينه قانونية تقيمه [١].

كما ذهب اتجاه ثالث يقيم أساس المسئولية علي نظرية النيابة ، فالنائب يأخذ مكان الاصيل ويعتبر امتداد له وينسب اليه كل مايجريه في مواجهة الغير . فالخطأ العقدي للنائب يصبح خطأ عقديا من الاصيل . ولكن يعيب هذا الاساس كما ذهب اليه أستاذنا الدكتور / محمود جمال الدين زكي :" أن هذا الاتجاه يقيم نوعا من النيابه في الآعمال المادية لايعرفه المشرع ، اذ أن مجال النيابة هو التصرفات القانونية " . بينما يذهب اتجاه رابع في الفقه الالماني ، وتابعه البعض في الفقه الفرنسي والمصري الي اسناد آساس هذه المسئولية [٢]الي فكرة تحمل التبعة . اذ ان

---

(١) راجع عرض هذه النظريات تفصيلا د/ محمود جمال الدين زكى ص ٣٧٢ - ٣٧٨ هوامش ١٤ ، ١٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ .

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ص ٢٧٨ ، مشار اليه فى هوامش ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣.

المدين يستفيد من نشاط تابعية فيجب أن يتحمل نتائجه أي الغنم بالغرم ". الا أن هذه الفكره كذلك غير صحيحة ، اذ أن المنفعه تعود علي المدين كما تعود علي الدائن ، اذ أن تقسيم العمل حديثا ضرورة لاغني عنها . كما هناك من الأعمال لايستطيع المدين القيام بها منفردا فالضرورة تجبره علي الاستعانه بالمساعدين أو ابدلاء فيه . بينما اتجه البعض الاخر الي اسناد هذه المسئولية الي فكرة الضمان الضمني . ولكن أيضا هذه الفكرة غير واضحة اذ كيف يتسني افتراض أن المدين الذي استعمل حقه في الاستعانه بمساعدية قد أراد خلافا لمصلحته أن يتحمل المسئولية كاملة عن جميع اعمالهم .

وايذاء هذا الخلاف الفقهي لابد من وضع اساسا لتلك المسئولية ،فنذهب مع أستاذنا الفاضل الدكتور / محمود جمال الدين ذكي الي أن اساس هذه المسئولية يكمن في المبادئ العامة للمسئولية العقدية بغير حاجة الي نظريات قانونية . فالمدين يكون مسئولا آمام الدائن عن الاخلال بتنفيذ الالتزاملت الناشئة عن العقد مالم يثبت أن هذا الاخلال يرجع الي سبب أجنبي لا يد له فيه . وتعتبر القوه القاهرة أهم صورة فنشاط المساعدين - كما سبق القول -يعتبر نشاطا للمدين في مواجهة الدائن ويتساوي في نطاق

العلاقات العقدية فعل المساعد وفعل المدين . ويستمد الثاني وضعه من الاول غشا أو خطا جسيما أو يسيرا ودون حاجة الي نص يقرر ذلك .

المطلب الثاني

مسئولية المدين عن الاشياء

ضرورة استخدام الاشياء :-

لما كان المدين منوطا به تنفيذ الالتزامات التعاقديه الناشئة عن العقد سواء بطريق الاستعانه بأشخاص بدلاء أو مساعدين له، أو بالاستعانه بالاشياء المادية .كما هو الحال في عقد النقل سواء للبضاعة أو الاشخاص لايتصور تنفيذ التزام الشخص بالبضاعة الي جهة الوصول الا باستخدام المركبات وكذلك في عقد العلاج الطبي فالضرورة توجب استخدام الأشياء أدوات الجراحة ومنضدة العمليات وأجهزة التحاليل . ففي مثل هذه الاحوال ، هل تتحقق مسئولية المدين عن هذه الأشياء اذا كان بها خلل يتعطل معه تنفيذ الالتزام العقدي .

لقد راج القول في الفقه بأن المدين مسئول عن الاخلال بالالتزام الناشئ عن هذه الاشياء سوآء رجع هذا الاخلال مباشرة الي فعله أم كان ذلك نتيجة تدخل شئ في حيازته . فالمسئولية العقدية عن الاشياء هي كالمسئولية العقدية عن الاعمال الشخصية تقوم علي خطأ شخصي (١) .

---

(١) راجع د/ السنهوري ،ج١ ص ٦٦٢ فقرة ٢٠١.

تطبيقات المسئولية عن الاشياء في العقود العملية الهامة:-

تخيرنا من بعض العقود اليومية الهامة عقدين لهما حظ وافر في التطبيق العملي العملي لايضاح حقيقة هذه المسئولية . وذلك علي النحو التالي:-

١- في مجال عقد لنقل [١]:

يوجد في نطاق عقد النقل التزاما علي عاتق الناقل بضمان السلامة لمصلحة المسافر محل هذا الالتزام نتيجة معينة هي وصول المسافر سليما معافي الي جهة الوصول ، فاذا آصيب المسافر في أثناء النقل لعيب في المركبه ذاتها لم يستطيع الناقل اكتشافه ، فهنا يقع الاخلال بهذا الالتزام . ويسأل الناقل حتي ولو كان العيب في المركبة لم يمكن للناقل توقعه أو الكشف عنه .

٢-في مجال عقد العلاج الطبي [٢]:

فقد يستخدم الجراح منضدة العمليات الجراحية ، ثم يحدث

(١) راجع د/ محمد على عمران ، الالتزام بضمان السلامة فى عقد النقل بحث مطول على طلبة الدراسات العليا لدبلوم القانون الخاص جامعة عين شمس ١٩٩١ ص ١١١.

(٢) راجع د/ محمد حسين منصور المسئولية المدنية الطبية ، بحث مطول - جامعة الاسكندرية ص ١٢٢.

أن تتحرك المنضدة فجأة لعيب ذاتي فيها أثناء اجراء العملية فيصاب المريض باضرار قد تكون بالغة ، فهنا تقوم المسئولية عن الاشياء حتي ولو كان العيب في صناعتها لم يعلم به الطبيب الجراح آو لم يمكن توقعه أو تجنب اثاره.

المبحث الثالث

اتفاقات المسئولية العقدية

تمهيد :-

لما كانت قواعد المسئولية العقدية التي نظمها المشرع هي في معظم الأحوال قواعد مكملة لارادة المتعاقدين . ومن ثم كان لمبدأ سلطان الإرادة فى التعاقد الدور الغالب في تحديد اتفاقات هذه المسئولية ، ومن بين هذه الاتفاقات في مجال تأمين المسئولية التي يؤمن فيها العامل علي مسئوليتة ضدهما قد يتعرض له بسبب الأضرار التي تعود عليه . وكذلك الحال ماقد يتم الأنفاق عليه مابين الدائن والمدين علي تحديد الضرر سواء قبل وقوعه وبالتالي يكون محددا فيه قدر التعويض "الشرط الجزائي" أي تحديد المسئولية مقدما . أو بعد وقوع الضرر وهذا هو " اتفاق تعديل المسئولية العقدية" (١)، والي غير ذلك من الاتفاقات . ولكن الذي

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٢٨٨ " يرى الفرق واضحا بين الاتفاق على تخفيف المسئولية والشرط الجزائى .

ففى الأولى : يكون تحديد التعويض بقدر الضرر الذى لحق الدائن والمبلغ المحدد حدا أقصى للتعويض يلتزم الدين فى حدوده .

أما الثانى فالتعويض يقدر جزافيا ويلتزم المدين فيه سواء كان الضرر الذى لحق الدائن أكبر أو أقل منه " .

يعنينا في هذا المبحث صور اتفاقات المسئولية العقدية وأساسها في التشريع المصري. ومن هنا كانت الضرورة ملحة ومؤكده لبيان هذا الأساس التشريعي وصور اتفاقات المسئولية العقدية وآثرها القانوني وذلك علي النحو التالي :-

أولا: الأساس التشريعي لاتفاقات المسئولية العقدية:-

النص التشريعي:-

جاء نص الماده ٢١٧ مدني موضحا ذلك الأساس فنص علي أنه: " يجوز الاتفاق علي أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوق القاهرة . وكذلك يجوز الاتفاق علي اعفاء المدين من أيه مسئولية تترتب علي عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشة أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه . ويقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسئولية المترتبة علي العمل غير المشروع"..

يتضح من بيان النص سالف الذكر أن المشرع استهله في الفقرة الاولي منه ، بجواز الاتفاق علي تحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة علي خلاف الحال في القاعدة العامة ، اذ

يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام العقدي بسبب أجنبي لايد للمدين فيه اعفاءه نهائيا من المسئولية العقدية . وهذه هي الصورة الأولي لاتفاقات المسئولين بتشديد آحكامها . كما جاءت الفقرة الثانية وتضمنت جواز الاتفاق علي الاعفاء من المسئولية العقدية عن الخطأ اليسير للمدين دون الخطأ الجسيم والدليل علي ذلك ما جاء بتلك الفقرة "..... الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم " بل آجاز الاتفاق عن خطأ مندوبي أو مساعدي المدين حتي في حالتي الغش والخطأ الجسيم ثم جاءت الفقرة الثالثة ببطلان شرط الاعفاء من المسئولية التقصيرية لتعقلها بالنظام العام .[١]

ومن خلال هذا الفحص التشريعي يمكن القول بان اتفاقات المسئولية العقدية تأخذ صور ثلاث:-

اما الاتفاق علي تشديد المسئولية العقدية .. واما الاتفاق علي الاعفاء منها .. واما الاتفاق علي تخفيفها .

وهذا ما سنعرضه علي النحو التالي :-

ثانيا : صور اتفاقات المسئولية العقدية

١- الصورة الاولي : الاتفاق علي تشديد المسئولية العقدية (تحمل المدين تبعة القوة القاهرة والحادث المفاجئ) ،

يعتبر هذا الاتفاق أشد الاتفاقات في مجال المسئولية العقدية . اذ إنه يتضمن شذوذا علي المألوف في القواعد العامة .

ورغم ذلك يذهب الفقه [١] الي أن هذا الاتفاق سائغ . وقد اشار اليه المشرع . في عجز المادة ١/٢١٧ مدني التي جاء نصها " يجوز الاتفاق علي أن يتحمل تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة "، ومقتضي هذا الاتفاق أن يتحمل المدين مسئولية عدم التنفيذ حتى ولو حالت دون التنفيذ القوة القاهرة على خلاف القواعد العامة التي توجب إعفاء المدين من هذه المسئولية فى حالة حدوث عدم التنفيذ بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه " .

ويطلق الفقه على هذا الاتفاق شرط الحالات المنشأة [١] . بل وذهب الى اعتباره نوعا من التأمين . حيث أن المدين يؤمن ضد الدائن خطر القوة القاهرة والحادث المفاجئ . ويكون ذلك عادة فى مقابل زيادة فى المقابل الذى يتقاضاه المدين من العقد [٢]، ومن ثم يكون مجال أعمال هذه الصورة فى العقود الملزمة للجانبين اعمالا للمادة ١٥٩ مدني .. اذ يترتب على انقضاء الالتزام فى هذه العقود انفساخ من تلقاء نفسه .

---

(١) راجع د/ الهدراوى ، المرجع السابق ص ٤٢٤.
(٢) راجع د/ الهدراوى ، المرجع السابق ، ص ٤٢٥.

وعلى ذلك تقع تبعة الاستحالة على عاتق المدين لأنه من انقضى التزامه بسبب أجنبى لا يستطيع مطالبة الدائن بتنفيذ الالتزام الذى يقابله ، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه للمشترى . فان البائع وهو المدين بالتسليم لا يستطيع مطالبة المشترى بالثمن . ويتعين عليه رده اذا كان قد تم قبضه ويتحمل البائع تبعة الهلاك .

وازاء هذه الخطورة الشاذة ، فإننا ننبه الى أن هذا الاتفاق له صفة استثنائية ، فيجب أن يكون قاطعا في الدلالة على معناه . بل يجب عدم التوسع فى تفسيره [١].

٢ - الصورة الثانية : الاتفاق على الاعفاء من المسئولية "رفع المسئولية العقدية"

جاء النص على ذلك فى المادة ٢/٢١٧ مدني - سالف الذكر - ويفهم من هذا النص أن مجال الاتفاق على الاعفاء من المسئولية قاصرة على خطأ المدين اليسير دون الخطأ الجسيم ... هذا من ناحية . أما خطأ الغير من مندوبى أو مساعدى المدين ، فإنه يجوز الاعفاء منه حتى ولو كان الخطأ الصادر منهم غشا أو خطأ جسيما . ولذلك فان هذا الاتفاق يكون له شقين :

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٢.

الشق الأول :

الاعفاء من المسئولية قاصر على خطأ المدين اليسير دون الخطأ الجسيم .

هذا الاتفاق يعتبر شاذ وخطير من الناحية القانونية اذ يترتب عليه حق الدائن فى التعويض عن الاهلاك بالالتزام التعاقدى . اذ بموجبه يستطيع المدين التخلص من هذه المسئولية العقدية ، فتعدو ذمته بريئة من هذا الالتزام . ويبدو هذا الاتفاق مخالفا لطبيعة الأشياء لكون الالتزام المدنى يقوم على امكان جبر المدين على تنفيذه عينا . واذا استحال ذلك التنفيذ ، فإنه لايكون أمام الدائن سوى التعويض . أى لا يكون أمام الدائن سوى التنفيذ بمقابل ، ويعتبر من ثم اتفاق هذا الاعفاء مهدرا لذلك الالتزام فى فحواه القانونى . وهذا الاتفاق جائز عن خطأ المدين اليسير ، أما اذا كانت خطأ جسيما أو ناشئا عن غش فيبطل هذا الشرط ، وقد يرد هذا الشرط كبند فى العقد أو فى اتفاق لاحقا مستقل عنه . ومن ثم يجب أن تكون عباراته واضحة الدلالة على المقصود منها .

الشق الثانى :

الاعفاء من المسئولية العقدية عن فعل الغير : " جواز

الاتفاق حتى فى حالة الغش والخطأ الجسيم "

نظم المشرع هذه الصورة فى عجز المادة ٢/٢١٧ مدنى سالف الذكر " ... ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه " .

ويذهب البعض فى الفقه [١] الى القول أن هذا المبدأ يؤدى الى التسوية التامة فى مواجهة الدائن بين خطأ المدين وخطأ مساعديه . بحيث يكون الخطأ الذى يرتكبه الآخرون بالصورة التى يثبت له العمد أو الخطأ الجسيم أو الخطأ اليسير صادرا من المدين. تأسيسا علي أن نشاط هؤلاء يعتبر نشاطا للمدين الذى يستخدمهم .

ويمضى هذا الاتجاه الى القول أن هذا الاتفاق له خطورته البالغة على مصالح الأفراد فى الوقت الذى يتجه فيه الانتاج الى التركيز والكثرة من ثم وتعاملهم مع الشركات العامة والخاصة . ويقفون بموجب توزيع هذه المسئولية مكتوفى الأيدى فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم الذى ينسب الى مستخدمى ومساعدى المدين . كما أن هذا الاتفاق على الاعفاء يجعل الشركات تتراخى فى الرقابة

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠.

على هؤلاء المساعدين من المستخدمين والعمال .

الصورة الثالثة : الاتفاق على تحقيق المسئولية العقدية

يحمل هذا الاتفاق على مقتضى القاعدة أن الاتفاق على تحقيق المسئولية هو الاتفاق الذى يخفض بمقتضاه التعويض عن قدر الضرر الذى يستوجبه . بأن يحدد فيه التعويض بنسبة معينة من الضرر . الذى لحق بالدائن كالنصف أو الثلث أو الربع . ومثال ذلك " الاتفاق بين الناقل وصاحب البضاعة فى عقد النقل على قصر التعويض على ثمن البضاعة فى ميناء الشحن ، أو على ثمنها فقط دون تعويض آخر " .

ويعتبر هذا الاتفاق أقل خطورة من اتفاقات رفع المسئولية . وقد تم استخلاص هذه الصورة بمفهوم المخالفة من باب أولى أنه اذا أجاز المشرع الاتفاق على الاعفاء من المسئولية عن خطأ المدين اليسير وأخطاء تابعيه سواء كان غش أو خطأ جسيم ، فإنه من باب أولى يجوز التحقيق ، أى يجوز الاعفاء الجزئى من المسئولية العقدية ، فالأخير أقل خطورة من الأول . ومن ثم فلا مغبة على الأخذ به . ولكن يثور التساؤل هل يعمل اتفاق تحقيق المسئولية أى الاعفاء الجزئى منها حتى فى حالات بطلان شروط الاعفاء من

المسئولية ؟

ذهـــب البعض الى القـول بأن يصح اتفاق تخـفيف المسئوليـة رغم بطـــلان شرط الاعـفاء من المسئولية (١)، ولكن هذا الاتجـاه غير صحيح لأن اتفـاق تخفيف المسئوليـة ليس سوى اعفاء جزئى منهـا . ولذلك يجـب القـول ببطـلان شـرط التـخـفـيف عند بطلان شــرط الاعفاء منها.

١

(١) أنظر مازو ، دروس فى القانون المدنى ج ٢ ، فقرة ٣٦٩ - سنارك ، فقرة ٢١٤٦.

الفصل الخامس

انقضاء العقد وانحلاله

تمهيد:

أن المصير الطبيعى للعقد يتحقق بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، ويقتضيها الالتزام بالوفاء . ولا تأثير لهذا الوفاء على العقد ، بل أن العقد سيظل سند لما ترتب عليه . ويختلف العقد الفورى عن عقود المدة من حيث الانقضاء . فعقد البيع مثلا ينقضى بتنفيذ التزامات البائع والمشترى ، أما عقد الايجار ، فان الالتزامات تقاس فيه بالزمن .. وان لم تحدد له مدة مع مرعاة شروط ومواعيد الإنهاء ، وقد يزول العقد نهائيا باعتباره كأن لم يكن . اما بالابطال أو الانحلال ، فكلاهما يؤدى الى زوال العقد وبأثر رجعى ، وقد يؤدى الانحلال الى زوال العقد بجميع آثاره فى الماضى والمستقبل . وهذا هو حالة فسخ العقد أو انفساحه بحكم القانون لاستحالة تنفيذ التزامات أحد طرفيه اما انحلالا كليا أو جزئيا يقصد انحلاله على المستقبل فقط ، وهذا " هو التقايل " .

وانقضاء العقد وانحلاله يختلف عن انهاء العقد الذى لايقع الا بارادة الأطراف أو فى الحالات التي ينص عليها القانون . ولايكون

للانهاء أثر رجعى ، بل يقتصر على حل العقد مستقبلا . ومن أمثلة حالات الانهاء الارادى للعقد ينص القانون ماجاء فى المواد ٥٢١ مدنى الخاصة بانسحاب أحد الشركاء ، والمادة ٥٤٤ مدني فى رد الفرق فى مدة لاتجاوز ستة أشهر . والمادة ٣/٦٤٣ فى عقد العارية للمستعير رد الشئ المعار قبل انتهاء العارية ، والمادة ٦٦٣ انهاء العمل عقد المقاولة وفق العقد فى أى وقت بشرط تعويض المقاول عن الاعمال ، والمادة ٦٩٤ فى حالة عدم تحديد مدة العقد جاز لكل من العاقدين وضع حد لعلاقته مع المتعاقد الآخر ، والمادة ٧١٥ مدني للموكل انهاء الوكالة فى أى وقت ولو وجد اتفاق على غير ذلك . والمادة ٧١٦ يجوز للوكيل النزول فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، والمادة ٧٢٢ في عقد الوديعة يجب على المودع تسليم الشئ المودع بمجرد طلبه . وفى هذا الخضم الواسع لانقضاء وانحلال العقد يجب التمييز بين المصطلحات الآتية :

الفسخ - الرجوع - التقايل أو التفاسخ - فالفسخ هو أهم أسباب انحلال العقد بأثر رجعى نتيجة عدم قيام أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ومجاله العقود الملزمة للجانبين ، بل يجوز للطرف الآخر الدفع بعدم التنفيذ حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل بدلا من الفسخ . وقد يستحيل تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى لايد له

فيه فان العقد ينفسخ بقوة القانون ٠ أما التفاسخ أو التقابل هو حل العقد باتفاق طرفيه بالنسبة للمستقبل بحيث يعود المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، أما الرجوع فهو سبب خاص فى انحلال عقد الهبة وله أثر رجعى ، وهو أقرب للفسخ ٠

ومن ثم تأتى دراستنا فى هذا الفصل منقسمة الى ثلاثة مباحث

يتناول المبحث الأول : فسخ العقد

ويتناول المبحث الثانى : الدفع بعدم التنفيذ .

ويتناول المبحث الثالث : تحمل التبعة عند استحالة التنفيذ .

وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول

الفســـــــخ

تمهيد

يعتبر الفسخ حل للرابطة العقدية نتيجة لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه - الا أن فسخ العقد قد تكون نتيجة شرط صريح فاسخ ، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعى واعتبر كأن لم يكن وهو يترتب بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لصدور حكم من القضاء . والفسخ المراد دراسته فى هذا المبحث الفسخ الذى يقع نتيجة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه التعاقدى .

ومن ثم تأتى دراستنا له متناولة أساسه التشريعى ، وشروطه ثم أنواعه وآثاره وذلك على النحو التالى :

أولا : الأساس التشريعى للفسخ وشروطه :

جاء نص المادة ١٥٧ مدنى موضحا ذلك فنص على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقد بالتزامه جاز للمتعاقدين الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين أن كان له مقتضى ، ويجوز

للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك . كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته " .

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن المشرع فى الشق الأول من هذا النص تناول جملة شروط يجب توافرها لأعمال الفسخ كجزاء لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه كما هو وارد بالعقد .

وتناول فى نص المادة ١٥٨ مدني الشرط الفاسخ الصريح ، وسوف نتعرض لكل منهما كما يلى :

١ - شروط الفسخ :

يجب لاعمال الفسخ توافر الشروط التالية :

١ - أن نكون بصدد عقد ملزم للجانبين .

٢ - أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى المدين .

٣ - أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه، ويمكن تفصيل هذا الاجمال على النحو التالى :

١ - أن يكون العقد ملزما للجانبين .

لما كان الفسخ يقوم أساسا على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتبادلة وهى لا تكون الا فى العقد الملزم للجانبين .

أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور قيام الفسخ فيها لأن الملتزم الذى لم ينفذ التزامه لم يكن له مصلحة فى الفسخ اذ تنحصر المصلحة فى تنفيذ العقد ، فليس فى ذمته التزام مقابل يتخلص منه بفسخ العقد [١].

واذا كان الفسخ لا يرد الا على العقود الملزمة للجانبين فانه يتسع لكل أنواعها حتى العقود الاحتمالية [٢].

كما يرد على القسمة . ولكن اعترض بعض الفقه على ورود الفسخ على العقود الاحتمالية [٣]، لأن الغرر والاحتمال فيها يدخل فى تقدير سبب الالتزام ، ولذلك فانه متى بدأ فى تنفيذ العقد لم فلا يجوز بعد ذلك فسخه لاخلال أحد طرفى العقد بتنفيذ الالتزام ، بل كل ما للدائن أن ينفذ على أموال مدينه لاستيفاء المقابل الذى

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ١٩٢.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٦.
(٣) راجع د/ بهجت بدوى ، المرجع السابق ص ٢٢٥ ، فقرة ١٤٨.

يقضى به العقد . ولكن هذا الاتجاه رغم وجاهته القانونية يخالف ماورد النص عليه صراحة فى المادة ٧٤٦ مدنى التي تجيز فسخ عقد ترتيب الايراد لمدى الحياة حين يكون معاوضة اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه . وبذلك ينكشف كل شك حول خضوع العقود الاحتمالية للفسخ ، والفسخ حق ثابت لكل من المتعاقدين بمقتضى نص القانون ، ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلال من اشتراطه . ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه الا باتفاق صريح (١).

٢ - أن يكون أحد المتعاقدين أخل بتنفيذ التزامه بسبب يرجع اليه :

لما كان مناط الفسخ هو أن يكون التنفيذ العينى أصبح مستحيلا بخطأ المدين ، أو كان ممكنا ولكن المدين لم يقم به وتتحقق المسئولية العقدية فى هاتين الحالتين ، ويكون الدائن بالخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية أو الفسخ للتحلل من تنفيذ التزامه ، كما يجوز له المطالبة بتنفيذ الالتزام طالما كان ممكنا ، ويستوى فى طلب الفسخ أن يكون عدم التنفيذ كليا أو جزئيا (٢)، وان كان للقاضى سلطة تقديرية فى حالة

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٧٨/١/٢٨ الطعن ٧٥٤ السنة ٤٣ ق .

(٢) راجع د/ السنهوردى ، الوسيط ج١ فقرة ٤٧٢ ، حشمت أبو شنب ، فقرة ٣٧٢.

عدم التنفيذ الجبرى ، ويتعين اعذار المدين لاثبات تقصيره فى تنفيذ الالتزام حتى يكون للدائن طلب الفسخ . وان كان اعلان صحيفة الدعوى للفسخ يعتبر اعذارا له [١]. وقد استقر قضاء محكمة النقض على تأييد ذلك فى حكم حديث نسبيا [٢]فقضت " أن الشرط الفاسخ المقرر جز اء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المحدد ، لايتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق ، فانه كان من حق المشترى قانونا أن يحبس الثمن عن البائع ، فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا " . أما اذا كان عدم تنفيذ الالتزام يعزى الى سبب أجنبى لايد للمدين فيه فلا مجال للفسخ هنا اذ ينقضى الالتزام باستحالة تنفيذه وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

٣ - أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو على الأقل مستعدا لتنفيذه :

هذا الشرط توجبه المقتضيات العامة ، فليس من العدل أن يكون طالب الفسخ مقصرا ويطلب الفسخ لتقصيره العاقد الآخر[٣].

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٦٧/١/١٩ ، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ، ص ١٤٣ ، الطعن ٤٧٣.

(٢) أنظر نقض مدني ١٩٦٧/١/١٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ص ١٤٣ ، الطعن ٤٧٣.

(٣) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ص ٤٠٠.

فيجب أن يكون قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه والا كان مقصرا لا يحق له طلب فسخ العقد . ويضيف البعض فى الفقه [١] ضرورة أن يكون طالب الفسخ قادرا على اعادة الحال الى ماكان عليه قبل التعاقد ، ويقصد بذلك أن الدائن اذا تصرف فى الشئ الذى تسمله بموجب العقد امتنع عليه المطالبة بالفسخ .

ويرجع امتناع طلب الفسخ هنا الى التزام الدائن بالضمان قبل المنصرف اليه ، اذ يترتب على الفسخ لو كان جائزا رفع يد هذا الأخير عن الشئ الذى انتقل اليه وعودته الى المدين .. ولكن يعترض البعض فى الفقه علي هذه الاضافة بأن هذا يعتبر اضافة لم يشترطها المشرع فى شروط الفسخ كما ورد فى المادة ١٥٧ مدنى ويدلل على ذلك أن هناك أحوال لا يمكن فيها اعادة الحال الى ماكان عليه قبل التعاقد يحكم فيها بالتعويض [٢].

ب - الشرط الفاسخ الصريح :

تضمن نص المادة ١٥٨ مدنى النص على ذلك من أنه " يجوز

---

(١) راجع د/ الصدة ، فقرة ٣٧٢ ، حشمت أبو شنب ، فقرة ٢٢٥ ، السنهورى فقرة ٤٣٢.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٤٠١.

الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدين صراحة على الاعفاء منه".

يذهب البعض فى الفقه [١] الى أن للشرط الفاسخ الصريح ثلاث صور هى : الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا . الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا دون حاجة الى حكم . الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا دون حاجة الى حكم أو اعذار .

الصورة الأولى : الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه

فقد يتم هذا الاتفاق ، أى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، عند عدم التنفيذ للالتزام ، وهذا الاتفاق يسلب القاضى سلطته التقديريه ، حيث يجب عليه الحكم بالفسخ ، فهو لا يحكم بالتنفيذ العينى ، ولا يستطيع المدين أن يتفادى الحكم بالفسخ بتقديم الوفاء[٢]. والحكم بالفسخ يكون مفرزا وكاشفا للفسخ وليس منشأ له على أن هذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار أو رفع دعوي بالفسخ[٣].

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٤٠٧.
(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٥٠٥.
(٣) أنظر نقض مدنى ١٩٤٨/١٢/٢٣ مجموعة عمر ج ٥ ص ٦١٨.

الصورة الثانية : الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا دون حاجة الى حكم :

هذه الصورة أشد من سابقتها ، فقد يصاغ الشرط الفاسخ فى عبارة أخرى " أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم بذلك عند عدم التنفيذ ".

وهذا يرتب انفساخ العقد دون اللجوء الى القضاء استصدار حكم بالفسخ ، وللدائن أن يعتبر العقد مفسوخا دون استصدار حكم بذلك ، وللمدين اذا نازع فى ادعاء الدائن عدم الوفاء أن يلجأ الى القضاء لاثبات قيامه بالوفاء ، وتقتصر سلطة القاضى حينئذ على التحقق من واقعة الوفاء وحكمه بالفسخ يكون كاشفا . وهذا الاتفاق لا يعفى الدائن من الاعذار قبل الفسخ (١).

الصورة الثالثة : الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو اعذار

هذه هى أشد الصور فى الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح . ومن شأن هذا الاتفاق أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد

(١) انظر نقض مدنى ١٩٥٥/٤/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٢٤.

عدم تنفيذه في الأجل المحدد له . فلا يكون الدائن ملزما باعذار المدين ولا رفع دعوي لاستصدار حكم . واذا تطلب الأمر رفع دعوي بسبب منازعة المدين في واقعة عدم الوفاء كان حكم القاضي كاشفا بالفسخ . ولا حاجة هنا للاعذار مطلقا. ويجب ان يكون الاتفاق علي اعفاء الدائن من الاعذار صريحا لخطورته علي المدين [١].

وفي نهاية المطاف ، يجب القول ان الشرط الفاسخ الصريح يجب ان يكون قاطعا في الدلالة علي ان المقصود منه استبعاد تدخل القاضي .. واذا لم يكن واضحا في هذا المعني وجب حمله علي ان القاعدة العامة هي الفسخ جزاء عدم التنفيذ . وهذا الشرط وضع لحماية الدائن الذي له وحده حق التمسك به دون المدين . وهذا يعني ان المدين لا يجوز له التمسك بانفساخ العقد بمجرد عدم تنفيذه ، ليتفادي بذلك تنفيذه عينا . والا كان بيده زمام الامور [٢]ان شاء نفذ التزامه ، وان شاء لم ينفذه . ولذلك فلا يعمل هذا الشرط الصريح الفاسخ الا بناء علي طلب الدائن نفسه وله النزول عنه كذلك.

---

(١) راجع د/ السنهوری ، الوسيط ج ١ ، فقرة ٤٨٥.
(٢) أنظر نقض مدنى ١٣ /١٢/١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ٧ ص ٩٧٥.

ثانيا : انواع الفسخ :-

للفسخ نوعان . الاول يسمي بالفسخ الاتفاقي ، اي ان الدائن له الخيار بين الفسخ والتنفيذ الفعلي للعقد حسب ما يكون له من مصلحة . وهذا ما اورده المشرع في عجز المادة ١/١٥٧ مدني "...... ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضي ".

وهذا ما تعرضنا لصورة الثلاثة السابقة عند الحديث عن الشرط الفاسخ الصريح . ولا مجال للتكرارفيه .

والثاني يسمى بالفسخ القضائي الوارد في المادة ٢/١٥٧ مدني "يجوز للقاضي ان يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ......الخ النص " ..

ومن ثم تقتصر دراستنا هنا علي الفسخ القضائي من حيث سلطة القاضي ايذاء الفسخ القضائي ، ومدي جواز الحكم بالتعويض مع الفسخ وذلك علي النحو التالي :-

١-دعوي الفسخ القضائي وسلطة القاضي في الفسخ :-

اذاامتنع المدين عن تنفيذ التزامه الواردبالعقدفي الموعد

---

(١) راجع د/ السنهوري ، فقرة ٤٨٣ ، أنور سلطان ، بند ٢٥٩ ، مرقص ٣٤٢.

المحدد له . فهنا يكون للدائن القيام برفع دعوي بفسخ العقد او تنفيذه . واذا اختار دعوي امام القضاء ،فانه يلجأ قبل ذلك الي اعذار المدين ، اي يجب ان يكون طلب الفسخ مسبوقا بالاعذار طبقا للمادة ١٥٧ مدني لتسجيل تقصير المدين ، وتوافر شروط الفسخ و الاعذار في كل الاحوال فيه مصلحة للدائن .فهو يجعل القاضي اكثر استجابة الي حكم الفسخ . كما انه يخول الذائن طلب التعويض مع الفسخ .عن الضرر الذي عاد عليه من جراء التأخير في التنفيذ من يوم الاعذار . ولكن لا يترتب علي عدم الاعذار عدم قبول دعوي الفسخ لان الرأي مستقر علي انه مجرد رفع الدعوي بالفسخ يعتبر اعذارا كافيا لذلك [(١)].

ومما يجب الاشارة اليه هناأنه لايترتب علي مجردرفع الدعوي بالفسخ الحكم به حتما ، وانما هناك خيارات للاطراف والقاضي نذكرها كما يلي :-

١ - خيارات الأطراف :-

يقصد بالاطراف الدائن : فالدائن له الخيار بين الطريق الذي يحقق له مصلحة اكبر ، فله ان يعدل عن طلب الفسخ ويلجأ الي

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٤٩٨.

التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض طالما ان الحكم لم يصدر بعـد .

وإذا كان قد رفع دعوي بالتنفيذ فله العدول عن طلب التنفيذ العيني . ويطلب الفسخ ، ولا يصح للقاضي القضاء بالفسخ رغم عدم طلبه من الدائن [١] ، اما المدين فله عرض تنفيذ الالتزام عينا قبل القضاء بالفسخ .

ب - خيارات القاضي : -

يتضح من سياق النص للمادة ٢/١٥٧ مدني سالف الذكر ان امام القاضي احد خيارات ثلاثة هي :-

منح المدين أجلا للتنفيذ -أو رفض الفسخ -أو الحكم بالفسخ . فاما عن الخيار الاول وهو : منح المدين أجل لتنفيذ التزامه . فلا قيد علي القاضي في استخدامه سوي تطبيق القيد الوارد في المادة ١٥٧ مدني وهو "ان تقتضي الظروف ذلك " اي اذا وجد القاضي من ظروف المدين ما يبرر ذلك . كأن يكون له عذر مقبول في التأخير في الوفاء او يكون الدائن لم يعود عليه قدر يذكر من جراء هذا التأخير . وهذا تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢/٣٤٦ مدنى التي

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٤٩٨.

تخول القاضى فى حالات [١] استثنائية أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا ما تطلبت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم . ولا يحول دون منح القاضى المدين مهلة أن يكون الدائن قد سبق وأعذر المدين ولا يستطيع القاضى اذ هو أمهل المدين أن يعطيه مهلة جديدة . بل أن عدم وفاء المدين خلال الأجل الممنوح له من القاضى يترتب عليه فسخ العقد حتى ولو لم ينص القاضى فى حكمه على ذلك [٢]. وليس ثمة ما يمنع من أن تكون المهلة المعطاه للمدين هى أجلا واحدا لوفاء الدين جميعه على أقساط . وهذا هو المسلم أيضا حيث تكون الدعوى التي يرفعها الدائن هى دعوى بالتنفيذ لا دعوى بالفسخ [٣].

وأما عن المعيار الثانى : " وهو الحكم بالفسخ "

هذا الخيار من سلطة القاضى التقديرية وحكمه هنا منشئ للفسخ وليس كاشفا أو مقررا له ، فالأمر جوازى فله الحكم بالفسخ أو تنفيذ العقد .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق . ص ١٩٧.

(٢) راجع د/ البدراوى – المرجع السابق ص ٤٩٩.

(٣) راجع د/ السنهورى ج ١ بند ٤٥٧ يرى عكس ذلك أن القاضى لايستطيع منح آجال متعاقبة الا فى دعوي التنفيذ دون دعوى الفسخ " .

وينظر القاضى عند تقديره للفسخ أو التنفيذ للعقد الى أحد أمرين :

الأول : درجة أهمية التنفيذ ، والثانى : حسن نية المدين أو سوء النية .

وقد يرى القاضى أن المدين لم يتعمد عدم التنفيذ وأنه كان حسن النية ، فيرفض الاستجابة الى طلب الفسخ . والقاضى فى استخدامه لتلك السلطة التقديرية غير مقيد بأية قيود حتى ولو قام المدين بتنفيذ التزامه بعد رفع الدعوى ، اللهم إلا اذا منعه من ذلك نص صريح فى القانون مثل نص المادة ٣١ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن .

وأخيرا الخيار الثالث : وهو رفض طلب الفسخ :

فى هذه الصورة للقاضى رفض طلب الفسخ بشرط أن يبين له أن مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته ، وأول ما يفيده هذا القول أن القاضى لا يملك رفض الفسخ الا فى حالة التنفيذ الجزئى أو التنفيذ المعيب ، على خلاف الحال فى حالة التنفيذ الكلى ، فلن تكون له هذه السلطة [١].

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٩٨.

وحين يكون التنفيذ جزئيا أو معيبا فان القاضى وهو الذى يقدر ما اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية لا يوجب فسخ العقد برمته أو أنه بالرغم من كونه كذلك فان مسلك المدين المتعنت أو المستهتر يستأهل توقيع هذا الجزاء القاسى ، وللقاضى هنا سلطة تقديرية فى ذلك دون معقب عليه .

ثالثا : مدى جواز الحكم بالتعويض مع الفسخ

لقد أوضح المشرع حقيقة هذا المبدأ فى المادة ١/١٥٧ مدنى " ... أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى " .

ومما يجب الاشارة اليه أن تطبيق هذا المبدأ ليس وجوبيا ، بل للقاضى سلطة تقديرية فى القضاء به . فقد لا يكون الفسخ تعويضا كافيا للتعاقد عن الضرر الذى لحق به من جراء عدم التنفيذ ، ولذلك خول المشرع طالب الفسخ للتعويض بالاضافة الى الفسخ ، وامكان الجمع بينهما أمر جوهرى من الناحية التطبيقية ، ولولا امكان هذا الجمع بين الفسخ والتعويض لأحجم الدائن عن المطالبة بالفسخ فى كثير من الأحيان .

رابعا: آثار الفسخ

أشار المشرع المصرى فى عجز المادة ١٩٠ مدنى الى أثر الفسخ ، وجاء النص كما يلى : " اذا فسخ العقد يعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " .

ويفهم من هذا النص أن هناك أثر رجعى للفسخ يتحقق سواء بحكم القاضى أو الاتفاق أو نص القانون ، وهذه الفكرة تقتضى اعادة طرفا العقد الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وسقوط الحقوق التي قررها كل منهم للغير . غير أن هذه الفكرة ، أى فكرة الأثر الرجعى يستعصى تطبيقها على العقود الزمنية ، ومن ثم يقتصر أثر الفسخ فيها على المستقبل ، ومن ثم لابد من بيان أثر الفسخ بين المتعاقدين وبالنسبة للغير على النحو التالى :

١ - أثر الفسخ بين المتعاقدين :

فيما بين المتعاقدين طرفا العقد يجب اعادة كل شئ الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، فيرد كل منهما ما تسمله بموجب العقد بعد أن تم فسخه ، فاذا كان العقد بيعا ، التزم المشترى برد المبيع وشرائه ، والتزم البائع برد الثمن وفوائده وذلك

من وقت المطالبة القضائية بذلك ، ويكون أساس المطالبة بهذا الرد والاعادة استنادا الى قواعد رد غير المستحق [١]. وتطبق القواعد العامة الواردة فى المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى فى حالة البناء أو الغراس على الأرض المبنية طبقا لحسن أو سوء النية ، واذا استحالت هذه الاعادة كأن تعذر على المشترى رد المبيع أو شرائه بعد الحكم بالفسخ حكم عليه بالتعويض ، وأساس الحكم بالتعويض هنا يكون على أساس المسئولية التقصيرية [٢]، بعد أن اعتبر العقد كأن لم يكن . على أن هذا الأثر قاصر التطبيق على العقود الفورية فقط دون المستمرة التى لا يكون لها هذا الأثر بحيث لا يترتب على فسخها سوى انهاء العلاقات العقدية الناشئة عنها منذ وقوعه ، غير أن البعض فى الفقه يذهب مذهبا مغايرا [٣]، ويرى أن الفسخ له أثر رجعى فى كل الأحوال مثل البطلان يتعين أعماله فى كل العقود دون تمييز بين العقود الفورية أو الزمنية . ويدلل على ذلك المذهب ما أخذته به محكمة استئناف مصر [٤]. فى أحد أحكامها ، ومن

---

(١) انظر استئناف مختلط ١٩١٢/٤/٧ مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ٢٤ ص ٢٨٤.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٤١٠.

(٣) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٤١٣.

(٤) انظر استئناف مصر ١٩٢٥/٦/٢٩ ، مجلة المحاماة ، السنة ٦ ، رقم ٩٨ ، ص ١٣١.

المبادئ المقررة فى مواد الايجار أن فسخ عقد الايجار يترتب عليه الغاء واعادة العاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، وتسرى نتائج الفسخ من وقت حصوله على المادة اللاحقة عليه . فلا يلتزم المستأجر بدفع الأجرة عن هذه المدة بحيث اذا دفعت مبالغ مقدمة من الأجرة فيجب على المؤجر ردها ، اما بالنسبة للمدة السابقة على فسخ عقد الايجار ، فان الأجرة لا تكون واجبة مستحقة للمؤجر الا باعتباره أنه انتفع بالعين ولا يلتزم المستأجر بشئ منها الا بمقدار انتفاعه بالعين .

ويذهب البعض [١] الى أنه اذا كان بكل أو بعض ما يجب رده من كلا المتعاقدين مبلغا من النقود ، فان المقاصة تجرى بين الدينين المتقابلين ولا ينقضى الا بالفرق بينهما . فتقع المقاصة مثلا بين دين المشترى على البائع بالثمن وما يلزم به المشترى من تعويض بسبب اتلافه المبيع ، وفضلا عن ذلك فان لكل منهما الحق فى الحبس لما يلتزم برده حتى بتسلم ما يحق له استرداده من الطرف الآخر".

ب - أثر الفسخ بالنسبة للغير :

ينصرف الأثر الرجعى للفسخ الى الغير . فاذا كان العقد بيعا

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٥٨.

وفسخ فتعود العين المبيعة الى البائع خالصة من الحقوق العينية التي يكون المشترى قد رتبها عليها قبل وقوعه ، فزوال حق الناقل يؤدى الى زوال حق المتلقى ، وانما يجب تسجيل دعوي الفسخ اذا تعلقت بعقد واجب التسجيل أو التأشير بها على هامش تسجيل هذا العقد اذا كان مسجلا ليكون الحكم بالفسخ حجة على من يكسب بحسن نيه حقا عينيا بعد رفع تلك الدعوى . ويستثنى من ذلك الرهن الرسمي الذى يترتب للدائن المرتهن حسن النية على العقد من الأثر الرجعى للفسخ . على أن هناك حالات مستثناه حماية لحقوق الغير حسن النية منها اعمال الادارة وأهمها عقد الايجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات اذا أبرم بحسن نية فيبقى رغم الحكم بالفسخ . وكذلك الحال اذا كان الغير يستند الى قاعدة الحيازة فى المنقول أو التقادم القصير .

المبحث الثانى

الدفع بعدم التنفيذ

النص التشريعى :

جاء نص المادة ١٦١ مدنى على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد معه بتنفيذ التزامه "، بامعان النظر فى هذا النص نجد أنه جاء بأحكام عامة التنظيم يحتاج الى تفصيل عن ماهية هذا الدفع وشروطه ، ونطاقه ، وأثاره ، وهذا ما سنعرض له كما يلى :

اولا : ماهية الدفع وشروطه :

يفهم من النص سالف الذكر - أن لكل مدين اذا توافرت شروطا معينة أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الدائن بتنفيذ التزامه ، ويطلق البعض على هذا الامتناع عن التنفيذ الامتناع المشروع عن الوفاء [١]، الا أن امتناع المدين ليس بخطأ وانما هو أمر مشروع ، والواقع أن هذا الدفع يثير فى الذهن [٢]مبدأ انقضاء

---

(١) راجع د/ صلاح الناهى ، الامتناع المشروع عن الوفاء رسالة دكتوراه ، القاهرة ، ص ١٣.

(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٥١٩.

الحق بالدفع . فالمدين يتعمد عدم تنفيذ التزامه حتى يجبر الدائن على تنفيذ ما التزم به . . فاللجوء الى هذا الطريق يوفر الكثير من الوقت والجهد والمال على المدين . فاذا قمت بتسليم البدلة الى المكوجى لتنظيفها وكيها لقاء مبلغ من المال ، فانه يحق له الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى تدفع له الأجرة الواجب دفعها مقابل عمله . وهذا الامتناع يجعلك فى سرعة وجيزة لدفع الأجرة لكي تحصل علي البدلة . ومن ثم يمكن القول بأن المقصود بالدفع بعدم التنفيذ هو حالة اذا لم يقم أحد المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه حق للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما طولب به . وهذا الدفع يعتبر تطبيق خاص من تطبيقات الحق فى الحبس [١]. والذى سوف نعرض له عند الحديث عن وسائل المحافظة على الضمان العام فى الجزء الثانى من هذا المؤلف والخاص بأحكام الالتزام ، ولكن كيف يمكن اعمال هذا الدفع ، وماهى الشروط التي يجب توافرها لاعماله .

اما عن الشق الأول فالغالب الأعم أن استعمال هذا الدفع لايحتاج الى اللجوء الى القضاء على خلاف الفسخ . ولكن الأمور لاتسير بالمهمة السلهة ، فقد يقتضى الأمر اللجوء الى القضاء عندما

---

(١) راجع د/ حمدى عبدالرحمن ، ص ٦٨.

يصر أحد الطرفين على الآخر موقفه فى التمسك بالدفع ، فعندئذ يقدر القاضى موقفه فيقره أو لايقره . وقد يتمسك كل من الطرفين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الآخر بالتنفيذ . وحينئذ يمكن اللجوء الى اجراءات العرض والايداع الفعلى ، وبذلك يتم تنفيذ الالتزامين فى وقت واحد [١].

اولا : أن نكون بصدد عقد ملزم للجانبين

لا مجال لاعمال الدفع بعدم التنفيذ الا اذا كانت هناك التزامات متقابلة [٢]. ولا يتصور ذلك الا فى العقود الملزمة للجانبين . وهو بهذه الخاصية يعتبر تطبيقا للحق فى الحبس فى نطاق العقود التبادلية دون العقود الملزمة للجانب الواحد . فالحق فى الحبس يتصور فى العقد الملزم لجانب واحد كما هو الحال فى عقد الوديعة اذا حبس المودع الشئ المودع لديه حتي يسترد ما انفق عليه من مصاريف الحفظ

ثانيا : يشترط أن يكون الالتزام مستحق الآداء

لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام غير حال . والبائع مثلا لايستطيع أن يمتنع عن تسليم المبيع اذا كان الثمن مؤجلا.

---

(١) راجع البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢.

(٢) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٨٨.

وكذلك الحال لو فرض على أحد طرفى العقد أن يبدأ هو بتنفيذ التزامه ، فلا يستطيع هذا أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، ويستفاد هذا الشرط من صريح العقد ، ولا تحول نظرة الميسرة التي يمنحها القاضى لاستعمال هذا الدفع .

ثالثا : عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه مع استعداد الآخر للتنفيذ :

والشرط من الضرورات البديهية لأنه لا معنى لأن يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه ، فى حين أن الآخر يتقاعس عن هذا التنفيذ الملقى على عاتقه ، ويستوي أن يكون عدم التنفيذ كليا أو جزئيا ، غير أنه يجب أن يكون المتمسك بالدفع مستعدا للوفاء بالتزامه . كما يجب لاعمال الدفع الا يكون الجزء الذى لم ينفذ قليل الأهمية اذ عندئذ لا يجوز للدائن الامتناع عن التنفيذ اعمالا لحسن النية فى تنفيذ العقود الواردة فى المادة ١/١٤٨ مدنى ، وعملا بالنص [١]. بأنه لايجوز لشركة الكهرباء قطع التيار من مشترك بحجة أنه لم يدفع مبلغا تافها . ويجب أن يكون المتمسك بالدفع حسن النية.

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٢٨/١١/٢٤ مجموعة محكمة النقض السنة ٩ ص ٧٠٣.

نطاق هذا الدفع وأثره

يتحدد نطاق هذا الدفع وفقا لأعماله القانونى بالعقد الملزم للجانبين - كما سبق القول . وأنه لا يمكن التمسك بهذا الدفع فى العقود التبادلية الناقصة [١]. ويترتب على توافر شروط الدفع بعدم التنفيذ أن ينتج أثره وهو وقف تنفيذ الالتزام الذى يقع على عاتق المتمسك به . ويستمد هذا الحق من نص القانون مباشرة ، ومن ثم فانه وقف مشروع . ويترتب على ذلك نتيجة هامة الا يكون التمسك بالدفع مسئولا من الاضرار التي تعود على الطرف الآخر من جراء وقف تنفيذ الالتزام ، لأن المسئولية تقوم بدون خطأ وما فعله المدين ليس بخطأ [٢].

هذا من زاوية ، ومن زاوية أخرى فان المدين لا يسأل عما يترتب على حالة التأخير حيث يكون ملتزما بدفع مبلغ من النقود فلا يحسب فوائد عليه ، والدفع بعدم التنفيذ كل لا يتجزء ، فيجوز الاحتجاج به حتى فى حالة التنفيذ الجزئى للالتزام [٣]. وان كان حسن النية يوجب على العاقد أن يقصر الدفع على جزء من التزامه يقابل الجزء الذى لم ينفذ من الالتزام الآخر مادام يمكن تجزئته [٤].

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٤١٦.

(٢)راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٩٠.

(٣) راجع د/ محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ، ص ٤١٨.

(٤) راجع د/ عبدالمنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٣٨٦، السنهورى ، ج ١ فقرة ٥٠١.

تقدير الدفع بعدم التنفيذ :

يذهب الفقه [١] الى أن هذا الدفع ليس الا وسيلة ضمان فى يد المتعاقد تجعله يضغط على المتعاقد الآخر معه الوفاء بما عليه وقد قررها المشرع حماية للمتعاقدين وتحقيق العدالة بينهما . ويمكن تفصيل ذلك على النحو التالى :

١ - أما عن أنه وسيلة ضمان :

أن المتمسك بذلك الدفع يؤمن نفسه ضد خطر اعسار الطرف الآخر ، اذ لو لم يستعمل المتعاقد الدفع ونفذ التزامه فانه من الممكن أن يعسر الطرف الآخر ، فيضيع على الموفى كل ما أوفى أو جزء كبير منه ،

ب - واما عن كونه وسيلة للضغط :

فاذا انتفى الدفع بعدم التنفيذ يشعر الطرف الآخر بأنه لن يحصل على الاداء المقابل لالتزامه الا اذا نفذ التزامه هو فيدفعه الى التعجيل بتنفيذ ما عليه .

ج - وأما عن كونه أيضا وسيلة لتحقيق العدالة :

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٩١.

فانه ليس من المساواة بين طرفى العقد أن يجد أحد الطرفين نفسه مضطرا الى تنفيذ التزاماته ، فى حين أن الطرف الآخر لا يقوم بتنفيذ ما عليه .

ويعلق صاحب هذا الاتجاه بالقول أن هذا الدفع لا ينشئ سوى دور سلبى للمتمسك بالدفع حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ .

المبحث الثالث

انفساخ العقد

"تحمل التبعة لاستحالة التنفيذ"

النص التشريعي :-

جاء نص المادة ١٥٩ مدني "في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضي الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات له . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " . يثير هذا النص العديد من المسائل الهامة من الناحية العملية وهي مدي انفساخ العقد . ومعني استحالة التنفيذ - تحمل التبعة . وهي كلها مسائل جديرة بالبحث والتأصيل حتي تتضح الحقيقة امام القارئ . وسوف نعرض لها كما يلي :-

أولا : انفساخ العقد :-

اشار المشرع الي ذلك في عجز النص "..... وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " ، فاذا كان العقد ملزم لجانب واحد لم يكن امام الدائن ما يطالب به . واذا كان العقد ملزما للجانبين كان للطرف الاخر التخلص من الالتزام المقابل وانفساخ العقد بقوة القانون لاستحالة تنفيذه لسبب اجنبي لا يستلزم ما يوجبه الفسخ لعدم التنفيذ من اعذار او رفع دعوي بالفسخ . وليس من الضروري اللجوء الي القضاء

اذ الفسخ يقع بقوة القانون ، واذا رؤي اللجوء لسبب ، فان القاضي لايملك الا ايقاع الفسخ إذا اثبت المدين السبب الاجنبي ويكون حكمه مقررا للفسخ لا منشأ له . واذا تم انفساخ العقد علي هذا النحو لم يكن للدائن مطالبة المدين باي تعويض ما . اذ ان الاستحالة ترجع الي سبب اجنبي .

ثانيا : استحالة التنفيذ:-

يقصد بالاستحالة هنا الاستحالة الطارئة المطلقة التي ترجع الي سبب أجنبي لا يد للمدين فيه . ومن ثم يتعين الا يكون في امكان احد ان ينفذ الالتزام ، وان تكون الاستحالة قد طرأت بعد انعقاد العقد لانها لو كانت معاصرة لما نشأ العقد اصلا [١] . كما يشترط الا تكون بخطأ المدين ، لانها لو كانت كذلك فان الالتزام لم ينقضي بعد وانما يكون تنفيذه عن طريق التعويض ، وليس هناك صعوبة في حالة الاسنحالة الكلية ، اما عند الاستحالة الجزئية فهنا يثور التساؤل ما هو مصير العقد ..

يري الرأي الراجح[٢] التفرقة بين الالتزامات الجوهرية والثانوية

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٢٠٤.
(٢) راجع د/ محمود زكى عبدالبر ، نظرية تحمل التبعة فى الفقه الاسلامى ، رسالة القاهرة ، ١٩٥٠ ص ١١٢.

، ويري ان استحالة التنفيذ في الاولي تستتبع انحلال العقد . في حين انه لا اثر لاستحالة التنفيذ علي الالتزامات الثانوية فيبقي العقد . ولتحديد ما هية الالتزام الجوهري يتم الرجوع الي قصد العاقدين علي ضوء احكام القانون .

ثالثا : تحمل التبعة :-

يختلف تحمل تبعة الاستحالة طبقا لما اذا كان العقد ملزم لجانب واحد ام للجانبين . ففي الحالة الاولي ، اي في حالة العقد الملزم لجانب واحد .اذا استحال علي المدين تنفيذ إلتزامه لسبب اجنبي لا يد له فيه فان الالتزام ينقضي كذلك . ولكن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو الدائن ، لانه لن يستطيع ان يطالب المدين بتنفيذ التزامه تبعا لانقضاءه . ولا الرجوع عليه بالتعويض تبعا أيضا لاستحالة تنفيذه . فالدائن وحده هو الذي يتحمل الخسارة . ففي عقد الوديعة فان المودع لديه يستحيل عليه ردها لهلاكهانتيجة السبب الاجنبي ومن ثم فان المودع وهو الدائن في الالتزام الذي استحال تنفيذه يتحمل وحده تبعة هذا الهلاك (١) .

اما اذا كان العقد ملزما للجانبين :- اذا انفسخ العقد فان

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، ص ٢٠٥.

المتعاقدين يعادا الي ما كانا عليه قبل التعاقد ، فتبرأ ذمة الدائن بالالتزام الذي استحال تنفيذه ، اي لا يكون للمدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه حق في ان ياخذ المقابل . ولذلك فان المدين هو الذي يتحمل التبعة ، ولكن ما المقصود بالمدين هنا . هو المدين في الالتزام الذي اصبح الوفاء به مستحيلا ، ففي عقد الايجار مثلا اذا استحال علي المؤجر تسليم العين المؤجرة لهلاكها او لاستيلاء السلطات عليها مثلا سقط عن المستأجر التزامه بدفع الاجرة . واذاكان العقد بيع وانفسخ لسبب اجنبي ، فاذا هلك المبيع قبل تسليمه الي المشتري فان البائع وهو المدين في الالتزام بالتسليم ، لا يستطيع مطالبة المشتري بالثمن المتفق عليه . ويتعين عليه الرد اذا كان قد قبضه . ويتحمل البائع من ثم تبعة الهلاك وهذا ما اكد عليه الشرع في عجز المادة ١٥٩ مدني ويذهب استاذنا الدكتور / البدراوي [١] الي ان هناك تبعة اخري تسمي تبعة الشئ تلحق تبعة العقد . ويقصد بتبعة الشئ الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشئ بسبب هلاكه . فالاصل ان الشئ يهلك علي مالكه [٢] . وتفصيل ذلك انه اول ما يلاحظ ان تبعة العقد قد تقع علي احد

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٥١٢.

(٢) راجع د / أحمد سلامة ، ص ٢٠٥.

المتعاقدين وتبعةالشئ قد تقع علي الاخر ، وذلك لاختلافها الاساسي الذي يقوم عليه كل منهما ، فليس من الضروري ان من يتحمل احدهما يتحمل الاخري . ففي عقد الوديعة المأجورة مثلا ، اذا هلكت الوديعة بسبب اجنبي انقضي التزام المودع لديه بالرد . وسقط ايضا عن المودع التزامه بدفع المقابل ، فتبعة الهلاك هنا علي المدين بالرد . وهو المودع نفسه بصفته مالكا ، اذ هو الذي يتحمل الخسارة المتمثلة في ضياع قيمة الشئ [١].

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٥١٤.

الباب الثاني

الارادة المنفردة

تمهيد :-

سبق ان عرضنا في الباب الاول للعقد كمصدر من مصادر الالتزام . وانتهينا الي انه عبارة عن ارادتين . اما الارادة الواحدة وهي التصرف القانوني الانفرادي ، هل تعتبر كذلك مصدر من مصادر الالتزام ، ويجب تطبيقة في الحياة العملية . من هنا تثور عدة تساؤلات حول دور الارادة المنفردة في ترتيب الاثار القانونية و انشاء الالتزام ، وما حكم هذا التصرف القانوني الانفرادي ، وما التطبيق الفعلي للارادة المنفردة في مجال نصوص التقنين المدني المصري الجديد ، كل هذه التساؤلات جديرة بالبحث والتعقيب للوقوف علي احكامها القانونية . ومن ثم تأتي دراستنا في هذا الباب منقسمة الي فصلين :-

الأول : دور الارادة في ترتيب الاثار القانونية وإنشاء الالتزام ومدي اعتبارها مصدر من مصادره .

ويتناول الثاني : التطبيق الفعلي للتصرف الصادر بالارادة المنفردة وهو الجعالة . اي احكام الوعد بجائزة وذلك علي النحو التالي :-

الفصل الاول

دور الارادة المنفردة

في ترتيب الاثار القانونية و انشاء الالتزام [١]

١- الارادة المنفردة وترتيب الاثار القانونية والالتزام:

التصرف القانوني الانفرادي هوعمل قانوني يتم و ينتج أثره بارادة واحدة . وتستطيع الارادة المنفردة ان تنشئ اثارا قانونية متعددة . فالارادة المنفردة قد تكون طريق لنقل الملكية و سائر الحقوق كالوصية . وقد تكون وسيلة لإنقضاء بعض الحقوق العينية كالنزول عن حق الارتفاق او الانتفاع أو الرهن . والتخلي عن الملكية ليصبح الشئ مباحا والارادة المنفردة قد تكون طريقة لانقضاء الحق الشخصي . وهذا يتم عن طريق الابراء [٢].

وقد يكون التصرف القانوني الانفرادي طريق لإزالة عيب لحق العقد . وهذه الاجازة كما سبق دراستها في العقد القابل للابطال انه

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٥٢٥ ، والتفرقة بين التصرف القانونى الانفرادى ، والتصرف الصادر من طرف واحد والعقد الملزم لجانب واحد ، هامش ١ . ومحود جمال الدين زكى ، ص ٤٢٦.

(٢) هناك فرق بين الوصية فهى تصرف قانونى انفرادى . أما الهبة فهى عقد ملزم لجانب واحد.

يزول بالاجازة . وقد يكون التصرف الانفرادي ايضا وسيلة لاضافة اثار عقد أبرمه الغير الي من صدرت منه . وهذا هو الاقرار ، ومثاله اقرار الأصيل العمل الذي تجاوزفيه النائب حدود نيابته. وقد يكون وسيلة لتثبيت الحق في ذمة الشخص ، مثل اقرارالمستفيد للاشتراط الذي عقد لمصلحته . كماقد يكون وسيلة لانهاء بعض العقود مثل الوكالة -الوديعة -العارية - عقد العمل غير المحدد المدة . و قد يكون هذا الوصف وسيلة لانشاء الشخص الاعتباري عن طريق تخصيص مجموعة من الاموال لغرض معين وذلك عن طريق الوقف .

٢- مدي اعتبار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام :-

اختلف الفقة في مدي اعتبار الارادة المنفردة مصدر عام للالتزام يقوم الي جانب العقد [١] . فلم يكن التعهد الارادي المنفرد مقبولا لدي هؤلاء الفقة .وقد إجاز المشرع الألماني عام ١٩٠٠ حالات معينة للتعهد الانفرادي ولكن لم يأخذ به كقاعدة عامة . وقد أحذ بذلك النهج التشريعات السويسرية والايطالية . وفي القانون المصري رغم أن المشرع أفرد له فصلا خاصا هو "الفصل الثاني "من "الباب الاول " لنصوص التقنين المدني المصري الجديد . لم يجعل

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، ص ٤٣٠.

له سوي تطبيق واحد هو الوعد بجائزة للجمهور الوارد في المادة ١٦٢ مدني مصري . وقد ذهب البعض [١] الي القول أنه لا يمكن الاعتراف بالارادة المنفردة كمصدر عام للالتزام وذلك لاعتبار هام له وضوح البديهة .

لماذا لا يستطيع الفرد ان ينقض وحده . ما أقامه بارادته المنفردة ؟.

لا يتصور عقلا ان يمنعه القانون من الرجوع فيما وعد به ، لان ما تقيمه الارادة يمكنها بداهة ان تزيله . الا اذا وجد اعتبار خاص يدعو الي حماية المصلحة المشروعة للمنتفع من وعده ، فتجنب هذه الحماية مثلا في التزام الموجب بعدم العدول عن ايجابه خلال المدة التي حددها له . وفي التزام من أنشأ مؤسسة خاصة بان ينتقل اليها ملكية ما تعهد بتخصيصة لها من مال . وفي التزام حائز العقار المرهون بوفاء الديون المقيدة اليه القدر الذي قدم به هذا العقار بمجرد اعلانه الدائنين المرتهنين باستعداده لوفاء. حين يقوم التزام المدين في كل هذه الاحوال بالارادة المنفردة . وعلي هذا يمكن القول ان الارادة المنفردة لا تستطيع أن تنشئ التزاما الا حيث أجيز لها بنص خاص . وتعتبر من ثم مصدرا استثنائيا للالتزام [٢].

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، ص ٤٣٠.

(٢) راجع د/ عبدالحى حجازى ، فقرة ٦٠٦ ، والصدة فقرة ٩١٣.

٣- احكام التصرف القانوني الانفرادي :-

تسري احكام العقود علي هذا التصرف الصادر من جانب واحد الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام . ذلك ان القواعد التي وردت في التقنين المدني لتنظيم العقد تعتبر في الحقيقة مبادئ عامة لنظرية التصرف القانوني . فالاحكام والقواعد التي تتعلق بوجود ارادتين لا علاقة لها بالتصرف القانوني الانفرادي ، فيجب لانعقاد التصرف الانفرادي ان يكون المتصرف ذا أهلية . ولايشوب رضائه عيب يفسده . وان يتوافر لرضائه سبب مشروع . وان يكون للالتزام الناشئ عن التصرف محل تتوافر فيه الشروط التي استلزمها القانون (١).

---

(١) راجع د. السنهوري ، الوسيط ج ١ فقرة ٩١٣.

الفصل الثاني

الوعد بجائزة " الجعالة "

النص التشريعي :-

نصت المادة ١٦٢ مدني "من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر الي الوعد بالجائزة أو دون نظر الي الوعد بالجائزة أو دون علم بها . واذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده باعلان للجمهور . علي ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد . وتسقط دعوي المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ اعلانه العدول للجمهور ".

يفهم من هذا النص - سالف الذكر - ان المشرع المصري نظم أحكام الجعالة أي الوعد بالجائزة من حيث شروطها وأثارها . ولما كانت هذه الاحكام جاءت مجملة ، فاننا سوف نعرض لها تفصيلا كما يلي:

أولا : شروط الوعد بجائزة :-

يتضح من خلال نص المادة ١٦٢ مدني -سالف الذكر -أنه يجب توافر شروط ثلاثة حتي نكون بصدد وعد بالجائزة . وهذه الشروط هي :-

١- توجيه التعبير الي الجمهور :-

يجب ان يوجه التعبير عن الارادة الي عدد غير محدد من الناس والذين لا يعرفهم الواعد بذواتهم وان عرفهم بصفاتهم (١). كما يجب أن يكون هذا التعبير صادرا عن ارادة صحيحة وباتا وجديا . ولذلك يجب ان

يكون الواعد ذا أهلية لاصدار هذا الوعد ، وان تكون ارادته لايشوبها الاعلان عن الارادة بطريق علني الي الجمهور ، بحيث يتيسر العلم به لأناس كثيرين لا من أشخاص معينين .والا كان ايجابيا سرت عليه قواعده [(١)]. دلك ان الوعد بجائزة يقضي ان يجهل الواعد عند اصدار الوعد من الناس يستحق الجائزة ، والاتصال العلني المذكور يكون باللجوء الي احدي دور النشر في الصحف أو المذياع أوالتليفزيون او النشرات الملصوقة او المنادة .

٢- قيام أحد الجمهور بالعمل المطلوب :-

يستفاد من هذا الشرط صراحة في نص المادة ١٦٢ مدني سالف الذكر "........ وعدابجائزة يعطيها عن عمل معين ".

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٢٢٥.

ومقتضي هذا النص ان الواعد يلتزم باعطاء الجائزة لمن يقوم بالعمل ، اذ الجائزة لا تعطي الا لمن يقوم بنشاط معين . ومن هنا يثور التساؤل عن الوعد الذي يوجه لمن يوجد في مركز معين دون اي سعي من جانبه ، فمثلا لو ان شخص اعلن عن جائزة لمن يولد في يوم معين ، او لمن سيقع جريحا في معركة معينة ، فهل تنطبق أحكام الوعد بالجائزة في مثل هذه الاحوال ؟ .

ذهب البعض الي القول (١) أنه لا يوجد ما يمنع تطبيق أحكام الوعد بالجائزة والنص سالف الذكر يتكلم عن القيام بعمل معين . فهذا أمر جائز بطريق القياس . ويري ان سبب التزام الواعد هو الارادة فقط دون نص القانون

٣- تحديد جائزة معينة تقدم للقيام بالعمل المعلن عنه :-

لما كانت الجائزة هي محل التزام الواعد ، ومن ثم يجب ان تكون معينة او قابلة للتعيين . ويغلب ان تكون الجائزة مالية تختلف باختلاف قيمتها وباختلاف صعوبة العمل الذي ينبغي القيام به ، وبحسب المصلحة التي تعود علي الواعد من قيمة بالعمل . وليس هناك حد ادني لتلك الجائزة ، ولا مانع اذا كانت الجائزة شيئا معنويا مثل وسام أو كأس تذكاري .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٢٢٦.

ثانيا : اثار الوعد بالجائزة :-

اذا توافرت هذه الشروط الثلاثة السابقة فان الوعد يرتب اثاره القانونية وهي تختلف بحسب ما اذا كان الواعد قد حدد لوعده مدة معينة أم لم يحدد له مدة ما . وسوف نعرض لهاتين الحالتين كما يلي :-

١- الوعد المحدد له مدة :-

اذا حدد الواعد مدة معينة للقيام بالعمل ، فانه يلتزم نهائيا بارادته المنفردة ، بحيث لا يجوز له الرجوع في وعده . وانما ينقضي التزامه اذا مضت المدة التي حددها دون ان يقوم أحد بالعمل الذي طلبه . ولكن اذا تحقق القيام بذلك العمل استحق من قام به الجائزة الموعود بها ، لان مصدر التزام الواعد هو ارادته المنفردة [١].

٢- الوعد غير محدد المدة :-

اذا لم تحدد مدة معينة للقيام بالعمل المطلوب ، فان الواعد يظل ملتزما بالوعد واعطاء الجائزة لمن قام بذلك العمل ولكن يجوز للواعد التحلل من هذا الوعد بالرجوع فيه ، الا ان يشترط ان يكون رجوعه بذات العلانية التي أعلن بها ابتداء. ولكن ما هو الحل اذا

---

(١) راجع د. حشمت أبو شنب فقرة ٤٠٦ ، السنهورى فقرة ٩١٥. ص ١٤٦٨.

كان قد قام الشخص الذي بدأ في القيام بتنفيذ المطلوب ولكنه لم يتمه ورجع الواعد في التزامه ؟. ذهب البعض الي القول [١] ان الواعد يسأل عن خطأ تقصيرى في هذه الحالة بالقيام بتعويض القائم بالعمل دون ان يزيد هذا التعويض عن مقدار الجائزة .ويجب التنويه الي أن دعوي المطالبة بالجائزة الموعود بها تسقط اذالم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ اعلان الواعد بالعدول للجمهور .

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٤٣٤ فقرة .

القسم الثاني

المصادر غير الارادية

تمهيد:-

تعرضنا سلفا في القسم الاول للمصادر الارادية للالتزام وألمحنا فيها الي العقد كمصدر أول لإعمال الحريةالتعاقدية ، من حيث انعقاده وصحته واثاره وانحلاله وبطلانه . ثم تناولنا الارادة المنفردة شاملة التطبيق العملي لها متمثلا في الوعد بالجائزة . وسوف نتناول في هذا القسم الثاني المصادرغير الارادية التي لا دور للارادة فيها .وقد نظمها المشرع في التقنين المدني المصري الجديد في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول لنصوص التقنين المدني الجديد . وكذلك الفصل الرابع من ذات الباب الاول .. فتناول في الفصل الثالث : العمل غير المشروع ، وتناول في الفصل الرابع الاثراء بلا سبب . وكذلك جاء الفصل الخامس متناولا نص القانون ، وذلك في المواد من : ١٦٣ مدني حتي ١٩٨ مدني مصري . ومن ثم تأتي خطة دراستنافي هذا القسم منقسمة الي ثلاثة أبواب :-

يتناول الباب الأول : العمل غير المشروع . والباب الثاني :الاثراء بلاسبب . والباب الثالث : نص القانون .

الباب الاول

العمل غير المشروع "المسئولية التقصيرية

تمهيد :- بدأ المشرع المصري في الفصل الثالث من الباب الاول من الكتاب الأول لنصوص التقنين المدني المصري الجديد تنظيم المسئولية عن العمل غير المشروع أي المسئولية التقصيرية ، وذلك اعتبارا من المادة ١٦٣ مدني حتي المادة ١٧٨ . وقسم هذه المسئولية الي المسئولية عن الاعمال الشخصية في المواد ١٩٣ حتي ١٧٢ . ثم المسئولية عن فعل الغير من المادة ١٧٣ حتي ١٧٥ مدني . وأخيراالمسئولية الناشئة عن الأشياء في المادة ١٧٦حتي ١٧٨ مدني ، ونظرا لأهمية هذا التقسيم في الحياة العملية ، فاننا سوف نتعرض لأحكامها تفصيلا وفق ما استقر عليه العمل فقها و قضاء . ومن ثم تأتي خطة البحث منقسمة الي أربعة فصول :

يتناول الفصل الاول : أحكام المسئولية القانونية بوجه عام .

والفصل الثاني : المسئولية عن الفعل الشخصي .

الفصل الثالث : المسئولية عن فعل الغير .

والفصل الرابع :المسئولية عن الأشياء .

وذلك علي النحو التالي :-

الفصل الاول

أحكام المسئولية القانونية بوجه عام

تمهيد:

يقصد بتلك المسئولية القانونية ، أي المسئولية المدنية و الجنائية وأهمية التمييز فيما بينهما ، ثم تقسم المسئولية المدنية عموما الي عقدية وتقصيرية وأهمية التمييز بينهما ومدي جواز الجمع أو الخبرة بينهما ، وذلك في ثلاثة مباحث هي :-

المبحث الاول : المسئولية الجنائية والجنائية

المبحث الثاني : المسئولية العقدية والتقصيرية

المبحث الثالث : مدي جواز الجمع أو الخبرة بينهما ..

ودلك علي النحو التالي :-

المبحث الاول

المسئولية المدنية والجنائية

١- فكرة المسئولية المدنية والجنائية واساسها القانوني:

يقصد بالمسئولية عموما أن يحاسب الشخص عن الضرر الذي أحدثه بغيره [١] ، وتختلف المسئولية أي تتنوع الي مسئولية مدنية وجنائية حسب الضرر الذي يصيب الفرد أم يصيب الجماعة . فاذا كان الاول فهو مسئولية مدنية ، واذا كان الثاني فهو مسئولية جنائية . فتقوم هذه المسئولية الأخيرة جزاء الاضرار بالجماعة التي يتعين لحمايتها توقيع عقوبة علي المسئول فيها زجرا وردعا لغيره . ويكون ذلك بناء علي طلب النيابة العامة باعتبارها تمثل المجتمع كافة .

وتقتصر من ثم نظرا لهذه الخطورة علي الافعال العمدية ، وايضا تقتصر علي الافعال الواردة علي سبيل الحصر في نص القانون[٢].

أما المسئولية المدنية فتقوم علي جزاء الاضرار بالمصالح الخاصة ، التي تكفي لحمايتها دفع المسئول لتعويض يساوي الضرر

---

(١) راجع د/ السنهوري ، الوسيط جـ١ ص ١٩٧٢.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص ٤٣٨.

الذي لحقه ، بناء علي خطئه ويكون لصاحبها النزول عنه أو التصالح عليه . وتتسع من ثم حين يتعلق جزاؤها بالمفاضلة بين المسئول والمضرر لكل فعل ضار ، سوا وقع عن عمد أم عن مجرد إهمال . أيا كان نوعه فالفعل الضار علي خلاف الجريمة لا يحده حصر في قوانين الجماعة . ويترتب علي اختلاف أساس المسئوليتين نتيجة أخري هي أن العقوبة عن الجريمة الجنائية تتناسب مع جسامة الخطأ الذي ينسب الي التهم ، حين ان التعويض عن الفعل الضار في المسئولية المدنية لا علاقة له ولا اعتبار الخطأ ، بل يجب في ظل الاحوال ان يساوي الضرر الذي حدث لا يزيد عنه لو كان الخطأ جسيما . ولا يقل عنه لو كان يسيرا . ونتيجة لاختلاف المسئوليتين في أساسهما و نطاقها . ان الفعل الواحد قد يعتبرغير مشروع يوجب المسئولية المدنية فقط . أو يعتبر جريمة يقيم المسئولية الجنائية فقط فواقع الامر ان كل فعل مستقل عن الاخر . ومع ذلك قد يعتبر الفعل الواحد فعلا غير مشروع وفي ذات الوقت يكون جريمة جنائية فتجتمع المسئولية المدنية قبل المسئولية الجنائية . ويترتب علي هذا الاجتماع بيهما نتائج هامة ترجع الي تغليب قواعد المسئولية الجنائية التي تحمي مصلحة الجماعة علي قواعد المسئولية المدنية التي لا تتعلق الا بالمصالح الفردية وذلك علي النحو التالي :-

(أ) : من حيث الاختصاص :يجوز رفع الدعوي المدنية بالتبعية للدعوي الجنائية ، وتفصل المحكمة الجنائية في المسئوليتين الجنائية والمدنية بحكم واحد .

(ب) :من حيث وقف الدعوي المدنية :-اذا أصبحت الدعوي المدنية أمام القضاء المدني ، وأقيم بالفعل الدعوي الجنائية أمام القضاء الجنائي ، وجب علي القضاء المدني وقف هذه الدعوي حتي يفصل القضاء الجنائي في الدعوي الجنائية .

(ج) - من حيث التقادم :- أوجب نص المادة ١٧٢ مدني عدم تقادم الدعوي المدنية عن الفعل الضار الا بتقادم الدعوي الجنائية عن الجريمة .

(د) : من حيث قوة الامر المقضي :- تنفيذ المحكمة المدنية عند الفصل في دعوي المسئولية . وذلك في حدود الوقائع التي أثبتها القاضي الجنائي ، ولكنها لاتتقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع ، وذلك لان التكييف قد يختلف من حيث المسئولية المدنية عنه من حيث المسئولية الجنائية . ومن ثم اذا أقيم الحكم الجنائي بالبراءة علي اساس أن المتهم لم يرتكب الفعل أو بالادانة علي ثبوت ارتكابه لهذا الفعل ، فان القاضي المدني يتقبد بتلك الوقائع . كما

هي في الحكم الجنائي [١] ، فبراءة المتهم أمام المحكمة الجنائية من البلاغ الكاذب لانتفاء سوء القصد لا يمنع بداهة ان يكون البلاغ أمام المحكمة المدنية ناشئا عن حقه او وليد دعوته فتقوم المسئولية المدنية التقصيرية [٢].

---

(١) راجع د/ سعيد سعد عبدالسلام " التعويض عن ضرر النفى فى المسئولية التقصيرية ، رسالة دكتوراه – القاهرة ١٩٨٨ ص ٤٢٨.

(٢) راجع د/ محمود مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجنائية فقرة ١٥٤ ، ١٥٥.

المبحث الثاني

المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية

تقسيم المسئولية المدنية الي عقدية وتقصيرية :-

ظلت التفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية راسخة حتي اواخر القرن العشرين ، غير ان جانبا من الفقة لم ترضيه هذه التفرقة . ويري ان المسئولية المدنية سواء كانت عقدية ام تقصيرية ، انما هي من طبيعة واحدة [١]، وانه لا داعي لهذه التفرقة لان الفوارق بينهما ثانوية لا تستدعي هذا الفصل . وان كلتا المسئوليتين تترتب نتيجة الاخلال بالتزام سابق ، وان أركانها واحدة فاما عن كونهما يترتيان نتيجة الاخلال بالتزام سابق فلأن العقد ينشئ التزاما ، ثم يحدث الاخلال به . كما ان القانون يلقي التزاما ، ثم يحدث الاخلال به ، فكلتا المسئوليتين اذن ينشأ عن الاخلال بالتزام سابق . وكون احد الالتزامين ينشأ عن العقد ، والثاني ينشأ عن القانون فهذه مسألة غير جوهرية . اما كونهما أركان المسئولية المدنية واحدة يستوي أن يكون عقدية او تقصيرية . فواضح من اعتبار كلتيهما ان تقوم علي الخطأ . ويترتب عليهما تعويض الضرر

---

(١) أنظر هنرى وليون ومازو ج ٤ ص ١٢٢٧ ، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩ ص ٥٥١.

اي ان عناصرهما : الخطأ والضرر والسببية غير ان الاتجاه الراجح يري وجوب التميز لان لكل واحدة منهما نطاقها المستقل عن الاخري [١] وفي هذا الخضم ظهر اتجاهان ، الاول يري بازدواج المسئولية . والثاني يري وحدة المسئولية . فالاتجاة الاول هو غالب الفقة ويري ان هناك فروق ما بين المسئوليتين مما يقتضي الامر وجوب التمييز بينهما ويحصر هذه الفروق كما يلي :-

١- الأهلية : في المسئولية التقصيرية لا يشترط فيها ان يكون المسئول بالغا رشيدا ، وانما يكفي ان يكون مميزا علي خلاف الحال في المسئولية المدنية لابد ان يكون المسئول بالغا رشيدا .

٢- الاثبات : في المسئولية العقدية يتحمل المدين عبء اثبات انه قام بالتزامه العقدي بعد اثبات الدائن وجود العقد اما التقصيرية فالدائن هو الذي يثبت ان المدين قد فرق التزامه القانوني وارتكب العمل غير المشروع .

٣-الاعذار : في المسئولية العقدية يشترط الاعذار أولا عدا حالات استثنائية . اما في مجال التقصيرية فلا مجال له .

٤- مدي تعويض الضرر :- في نطاق المسئولية العقدية فلا تعويض الا عن الضرر المباشر المتوقع فقط ، كما سبق القول .

---

(١) راجع د/ السنهوري ، المرجع السابق ص ١٠١٨.

اما في مجال المسئولية التقصيرية ، فالتعويض يكون عن الضرر المباشر سواء كان متوقعا او غير متوقع .

٥- التضامن : في المسئولية لا العقدية لا يوجد التضامن الا بالاتفاق اما في المسئولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون.

٦- الاعفاء الاتفاقي من المسئولية :- يجوز الاتفاق علي الاعفاء من المسئولية العقدية غير انه لا يجوز في مجال المسئولية التقصيرية اعمال نطاق هذا الاتفاق . اذ الاتفاق علي الاعفاء من المسئولية باطل .

٧- التقادم :- ينطبق علي المسئولية العقدية التقادم الطويل خمس عشر سنوات ، اما في مجال المسئولية التقصيرية فان الدعوي تتقادم اما بثلاث سنوات او خمس عشرة في كل الاحوال .

اما انصار وحدة المسئولية [١]وينادون بأنه لا وجود لهذه الفروق في الطبيعة ما بين المسئوليتين فكلتاهما جزاء لاخلال بالتزام سابق فالمسئولية العقدية جزاء لاخلال المدين بالتزامه التعاقدي . والمسئولية التقصيرية هي جزاء الاخلال بالتزام قانوني أخل به المسئول . والمدين في الحالتين تحقق مسئوليته لسبب واحد وهو

(١) راجع د/ خميس خضر - الجمع بين المسئولية العقدية والتقصيرية - مقال منشور - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ١١٨.

اخلاله بهذا الالتزام العقدي او القانوني . فالمسئوليتان اذن تتحددان في السبب والنتيجة فتكون نهما . اما ما استظهره أنصار نظرية الازدواج من فروق سابقة .فهي فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق في النظر [١] .

الوضع الصحيح: ضرر التمييز بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية:

تختلف المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية ، ففي الاولي ان الاخلال بالالتزام السابق هو التزام عقدي . فالدائن والمدين هما اللذان أنشأ هذا الالتزام السابق وحددا مداه ، وربما مدي التعويض عن الضرر . فلم يدخل في حسابهما الضرر غير المتوقع ، فلم تنصرف ارادتهما الي التعويض عنه . ومن ثم كانت ارادة المتعاقدين اذا تعدد المدين ، هي التي تحدد مدي اشتراك كل مدين في المسئولية والاصل ألا تضامن بين المدينين فاذا أريد التضامن وجب أن تتجه ارادة المتعاقدين الي اشتراطه ، ومن ثم جاز للمتعاقدين وهما اللذان بارادتهما حددا مدي الالتزام ان يتراضيا علي الاعفاء منه في حالات معينة . والامر ليس كذلك في المسئولية

---

(١) راجع د/ السنهوري ، المرجع السابق ص ١٠٤٦.

التقصيرية ، فالالتزام محل الاخلال هو التزام قانوني .اي التزام أنشأه وحدد مداه ، ولا دخل لارادة الطرفين في انشائه او تعديله . ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر متوقعا ام غير متوقعا طالما كان مباشرا . واذا تعدد المسئولون عن الفعل الضار وصار الالتزام بالتعويض بينهما بالتضامن طبقا للمادة ١٦٩ مدني . ولا مجال من ثم لاعمال اتفاقات المسئولية اذ هي باطلة بنص القانون ، فنطاق كل من المسئوليتين مجرد تحديدا واضحا . ففي المسئولية العقدية يتحدد نطاقها بشرطين : الاول وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين . والثاني :نشؤ الضرر يسبب عدم تنفيذ العقد . اما في المسئولية التقصيرية فان هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر ، فالدائن المضرور هنا أجنبي عن المدين لا يرتبط معه بعقد .

المبحث الثالث

مدي جواز الجمع أو الخيرة

بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية

أ- مدي جواز الجمع بين المسئوليتين :-

يقصد بالجمع هنا بين المسئوليتين عدة معان . الاول : قد يفهم الجمع علي ان الدائن له المطالبة بتعويض . تعويض عن المسئولية العقدية والتعويض عن المسئولية التقصيرية . والثاني قد يجمع الدائن في دعوي التعويض بين ما يختاره من خصائص المسئوليتين العقدية أوالتقصيرية . والثاني : هو ان الدائن له اذا خسر احدي الدعويين فيحق له رفع الاخري .

والسؤال المطروح هو هل يجوز الجمع بين المسئوليتين عند الرجوع علي المدين بالتعويض ؟. الامر الذي لا مراء فيه أن هذا الجمع غير جائز في كل الأحوال وعلي كل المعاني السابقة .وتفصيل ذلك فيما يلي :-

١- في المعني الأول :- ان الدائن لا يجوز له المطالبة بتعويض تعويض عن المسئولية العقدية ، واخر عن التقصيرية ، وهذا غير مستساغ لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين .

٢- في المعني الثاني : ان الدائن لا يجوز له ان يجمع في دعوي التعويض بين ما يختاره من خصائص المسئولية العقدية كأن يطالب المدين باثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ، ومن خصائص المسئولية التقصيرية كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع او يتمسك ببطلان الاعفاء من المسئولية .

٣- وفي المعني الثالث :أنه لا يجوز للدائن اذا رفع احدي الدعويين فخسرها فلا يستطيع ان يرفع الاخري . ويجمع الفقه القضاء علي عدم جواز هذا الجمع ، اذ ان قوة الشئالمقضي تحول دون ذلك .

فالامر الذي لا شك فيه ان الدائن لا يجوز له الجمع بين المسئوليتين ليحاسب المدين بكلتيهما او ان يحصل منه علي تعويض الضرر الواحد مرتين لان حكمة تشريع المسئولية هي حبر الضرر فقط ، فلا يجوز للمضرور ان يثري علي حساب الغير المسئول ، ولا يصح الزام المسئول الا بتعويض واحد يقدر بقدر الضرر الذي تسبب منه (١).

وكذلك لا يجوز للدائن ان يجمع بين المسئوليتين ، بمعني ان يؤخذ من أحكام كل منهما ما هو أصلح له (٢).

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم - مصادر الالتزام عام ١٩٦٨ ص ٤١٩.
(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٤٨/١/١ مجموعة القواعد القانونية ، الطعن ٥١٣ ص ٢٥١.

اذ ان المشرع قد وضع للمسئولية العقدية تنظيما كاملا قائما . وللمسئولية التقصيرية تنظيما اخر مغايرا للاول . ولم يضع غير هذين النظامين للمسئولية المدنية ، فلا يجوز للدائن بمحض ارادته انشاء نظاما ثالثا مختلط يجمع فيه ما يحقق مصلحتها الخاصه [١]. واذا كان الفقه والقضاء قد ذهب الي تأسيس عدم الجمع الي غير ذلك استنادا الي ان السبب في دعوي المسئولية العقدية مختلف عن السبب في دعوي المسئولية التقصيرية ، فان هذا الدفاع والتعليل السابق مردود عليه كما يذهب استاذنا الفاضل الاستاذ الدكتور /سليمان مرقص [٢] بأن السبب في الدعوي بوجه عام هو مصدر الحق المدعي به ، وان مصدر الالتزام في الثعويض انماهو الفعل الضار او الواقعة القانونية التي سببت الضرر ، واما كون الالتزام الاصلي الذي وقع الفعل الضار اخلالا به التزاما عقديا او التزاما قانونيا فلا يعدو ان يكون وصفا لهذا الالتزام ، يترتب عليه وصف مسئولية فاعل الضرر بانها عقدية او تقصيرية وما يتتبع هذا الوصف من اثار ، ولكنه لا يغير من سبب المسئولية شيئا ، ولا ينفي وحدته ولا يسمح بالقول باختلاف السبب في كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، الفعل الضار والمسئولية المدنية ص ٧٠ عام ١٩٨٨ م.

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٦٨/٤/٢ ، مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ، ص ٢٢٥.

، وبالتالي لا يجوز الجمع بين الدعويين . وقد قضت محكمة النقض المصرية أخذا بذلك المبدأ في أحد أحكامها [١] فقضت " ان حق المضرور في التعويض انما ينشأ اذا كان من

أحدث الضرر او تسبب فيه قد أخل بمصلحة مشروعة للمضرر في شخصه او في ماله مهما تنوعت المسائل التي يستند اليها في تأييد طلب التعويض ، فيجوز للمضرر رغم استناده الي الخطأ التقصيري الثابت او الخطأ المفترض ان يستند الي الحطأ العقدي ولو لاول مرة امام محكمة الاستئناف كما يجوز لمحكمة الموضوع رغم ذلك ان تستند في حكمها بالتعويض الي الخطأ العقدي حتي يثبت لها توافره ، لان هذا الاستناد يعتبر وعلي ما جري به قضاء محكمة النقض من وسائل الدفاع في دعوي التعويض ولا يعتبر تغييرا لسبب الدعوي او موضوعها مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها " .

ب-مدي جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية و التقصيرية:

الخيرة هنا علي خلاف الجمع الغير جائز في كل الاحوال ، فالخيرة بين المسئوليتين تعني هل يجوز للدائن الخيار للدعوي هل

---

(١) أنظر عرض هذا الاتجاه تفصيلا د/ سليمان مرقص المرجع السابق ، ص ٤٧. ونقض مدنى ١٥/٥/١٩٩٠ منشور فى مجلة نادى القضاة الفصلية ص ٢١٨.

يتقيد بها ، ولا يلجأ الي الدعوي الاخري حتي ولو خسر الدعوي التي أختاراها . وقد تنازع الفقه والقضاء الفرنسي والمصري في الاجابة علي هذا التساؤل . فالبعض ذهب الي جواز الخيرة والبعض الاخر ذهب الي عدم جوازها بينما ذهب رأي ثالث الي التسليم بالخيرة علي سبيل الاستثناء . فالاتجاه الاول : ذهب الي جواز الخيرة بين المسئوليتين وحجتهم في ذلك ان قواعد المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام . فلا يجوز الاتفاق علي مخالفتها او علي استبعادها وبالتالي فانه لا يمنع من تطبيقها مجرد وجود عقد بين الطرفين ، لان العقد انما يضيف في تنظيمه العلاقة بين طرفيه الي الالتزامات القانونيةالتزامات عقدية ، ولا يستطيع ان يستبعد الالتزامات القانونية باي حال ، فيحق للعاقد اللجوء الي المسئولية التقصيرية في اي وقت ، اذا لم تسعفه أحكام العقد ، وهم يستدلون علي ذلك بقضاء المحاكم الخاص بأثر الاتفاق علي الاعفاء من المسئولية العقدية ، فيقولون ان المحاكم جرت علي ان تجعل أثر هذا الاتفاق مقصورا علي قلب عبء الاثبات و القائه علي عاتق الدائن بدلال من عاتق المدين ، فأن مؤدى ذلك أنها ترى أن هذا الاتفاق اذ يبعد المسئولية العقدية ، انما يكشف المسئولية التقصيرية وراءها . وهى تقضى بأن يكون على الدائن اثبات الخطأ [١].

---

(١) نقض مدنى ١٩٩١/١/١٠ منشور فى مجلة نادى القضاة الفصلية ص ٢٢٢.

وقد ذهب أنصار الاتجاه الثانى : فيذهبون الى الأخذ بعدم جواز الخبرة بين المسئولين [١]، إلا أنهم انقسموا داهل هذا الرأى ، فالبعض منهم يرى أن قواعد المسئولية لا تتعلق بالكثير من الأحوال بالنظام العام . وأن هذه الالتزامات الناشئة عنها لا تمس الا مصلحة خاصة للفرد ، فيجوز للعاقدين أن يتفقا على الاعفاء من المسئولية التي تنشأ عن هذا الاخلال بهذا النوع من الالتزامات ، ويدللون على ذلك أنه الالتزام بعدم المساس بسلامة الآخرين ، وكل التزام آخر مما جعل المشرع جزاء الاخلال به مسئولية تقصيرية علاوة على المسئولية العقدية . ويكون للدائن الخيار بينهما ، أما ما عدا ذلك من التزامات قانونية كالالتزام باحترام ملك الغير فلا يتعلق بالنظام العام ، واذا يجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على الاعفاء من مسئولية الاخلال به . ويعتبر كل عقد منظم ضمنا مسئولية طرفيه طبقا لأحكام المسئولية العقدية ، وبالتالى مستبعدا بينهما أحكام المسئولية التقصيرية ، بينما ذهب البعض الآخر الي أن قواعد المسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام . ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها . ولكنه يرى أن هذه القواعد لم توضع لتطبيقها على العاقدين ، بل على غيرهم ، والا لما نظم المشرع

---

(١) أنظر عرض الاتجاه تفصيلا د/ سليمان مرقص ، ص ٧٥.

مسئولية خاصة بالالتزامات العقدية ، أى أن قواعد المسئولية التقصيرية قواعد احتياطية لا تطبق الا فى العلاقة بين أشخاص لاتطبق عليهم أحكام المسئولية العقدية [١]. فلابد من تعيين نطاق كل من المسئوليتين قبل التمسك فى دائرة العلاقات العقدية بتعلق قواعد المسئولية التقصيرية بالنظام العام ، ومتى كان الضرر ناشئا عن الاخلال بالتزام عقدى قائم بين المضرور والطرف الآخر المتعاقد بعد مباشرة ، خرج بطبيعته عن نطاق المسئولية التقصيرية وخضع في تعويضه الى الأحكام الخاصة . وهى أحكام المسئولية العقدية دون غيرها .

بينما ذهب الاتجاه الثالث : الذى يرى أنه يجوز الخبرة ليس كقاعدة عامة ولكن على سبيل الاستثناء [٢]. أى يسلم بهـا فى أحوال خاصة الا أنهم اختلفوا فى تعيين هذه الأحوال الخاصة ، فذهب البعض الى الأخذ بها فى الأحوال التي يكون فيها الاخلال بالتزام عقدى يكون جريمة جنائية مثل خيانة الأمانة ، ومنهم من جعل الأخذ بالخيار فى أحوال عدم الغاء الراجح الى غش المدين أو تدليسه ، ومنهم من يمد الاستثناء الى أحوال الخطأ الجسيم ، ومنهم من يجعله

---

(١) أنظر جوسران ج ٢ نبذة ٢٨٢ - هيك ج ٨ نبذة ٤٢٤.

(٢) أنظر بران ص ٢٥٠ وتارن سافنينيه ، نبذه ١٥٤.

شاملا لكل أحوال الخطأ المهنى .

ونذهب مع مجموع الفقه والقضاء المصرى الى أن الرأى الراجح هو عدم جواز الهبرة بين المسئولين اعمالا للنص الصريح الوارد فى المادة ٣/٢١٧ مدني من اعتبار أحكام المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام ، وغير جاذز الاتفاق على الاعفاء منها وذلك لأن تعلق هذه القواعد بالنظام العام حتي مع التسليم به لا يفيد شمولها جميع أنواع العلاقات ، ولا ينفى أنها انما وضعت لتطبيقها على غير العاقدين فقط .

أما المتعاقدون فى مجال العقد فيخضعون لأحكام المسئولية العقدية وهم ليسوا بحاجة الى الاتفاق على استبعاد أحكام المسئولية التقصيرية ، لأن الخبرة وضعت لغيرهم ولم توضع لهم [١]. وأكدت محكمة النقض المصرية مبدأ عدم جواز الخبرة فى أحد أحكامها فى خصوص تحديد مسئولية أمين نقل البضائع وخضوعها للمسئولية العقدية [٢].

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ٧٧.

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٦٧/٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٢٢٠.

الفصل الثانى

المسئولية عن الفعل الشخصى

النص التشريعى

جاء نص المادة ١٦٣ مدنى على أنه " كل خطأ يسبب ضررا للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض " .

بامعان النظر فى هذا النص نجد أنه يعالج المسئولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية . أى أن العمل الشخصى الذى يصدر من المسئول نفسه . وهى مسئولية مدنية تقصيرية قوامها ثلاثة أركان هى الخطأ الواجب الاثبات ، والضرر ، وعلاقة السببية ، ولما كانت هذه المسئولية هى أكثر أنواع المسئولية التقصرية ذيوعا فى الواقع العملى ، فان دراستنا لها ستكون وافية لابراز أحكامها التفصيلية ، ومن ثم تأتى خطة البحث فى هذا الفصل منقسمة الى مبحثين :

يتناول المبحث الأول : أركان المسئولية التقصيرية الثلاثة الخطأ ، والضرر ، والسببية .

ويتناول المبحث الثانى : دعوى التعويض فى حد ذاتها ، وذلك كما يلى :

المبحث الأول

أركان المسئولية التقصيرية

تمهيد:

لاتقوم المسئولية المدنية التقصيرية مثلها مثل المسئولية العقدية الا بتوافر أركانها الثلاثة مجتمعين : الخطأ الذى صدر من الشخص المسئول ، والضرر الناتج عن هذا الخطأ مباشرة ، أى تربط بين الخطأ والضرر علاقة نسبية . ومن ثم يجب علينا فى مجال البحث العلمي التعرف تفصيلا لهذه الأركان الثلاثة كل فى مطلب خاص به على النحو التالى :

المطلب الأول

الخطأ التقصيرى

تمهيد :

يعتبر الخطأ التقصيرى فى مجال المسئولية عن الأعمال الشخصية الركيزة الأساسية التي ينبنى عليها المسئولية التقصيرية . بل هو أول ركن فى هذه المسئولية . وفى دراستنا للخطأ لابد لنا من الوقوف على ماهية هذا الخطأ وعناصره وأنواعه وأحوال انعدام الخطأ . ثم المقابلة بينه وبين التعسف فى استعمال الحق . ولما كانت هذه عناصر جوهرية بشئ من التفصيل الواضح كل فى فرع مستقل به على النحو التالى :

الفرع الأول

ماهية الخطأ التقصيرى وعناصره

ماهية الخطأ التقصيرى وعناصره :

لا يكفى حدوث الضرر بفعل صادر من المسئول نفسه حتى يلتزم بالتعويض . ولم يشترط أن يكون ذلك الفعل خطأ . لأن الخطأ شرط ضرورى للمسئولية المدنية ، بل هو الأساس الذى يقوم عليه

فيكفي بأن يتمسك المضرور بخطأ وقع من الفاعل وأن يقيم الدليل عليه ، الا أن المشرع المصرى أو الفرنسى لم يضع تعريفا لهذا الخطأ تاركا للفقه وضع التعريف المناسب لوضعه فى اطاره الصحيح . ومن ثم فاننا وعلى حسب ماقمنا بالاطلاع عليه فى آراء الفقه الفرنسى والمصرى نجد الآراء تشعبت واختلفت فى وضع تعاريف معينة للخطأ ، ولم يخلوا أى تعريف منها للانتقادات ، حتى أصبح الخيار بينها ليس بالأمر الهين . ولكننا نذهب مع البعض (١) الى أن أبسط التعاريف للخطأ . الخطأ هو الاخلال بواجب سابق .

ويرى صاحب هذا الاتجاه أن هذا التعريف هو الذى انطلقت منه فى العصر الحالى جميع محاولات التوسع فى فكرة الخطأ ، أما أن هذا التعريف يقرب فكرة الخطأ فلأنه يعتبر كل اخلال بواجب سابق خطأ يستوجب المسئولية . ولكن يبقي تعيين الواجبات التي يعد الخلال بها خطأ . فلو أن المشرع حصر هذه الواجبات لأصبح من الهين ضبط الخطأ فى جميع الأحوال ولكن الواقع غير ذلك . غير أن هذا التعريف غير كاف لاكتمال فكرة الخطأ لأن المشرع المصرى فى المادة ١٦٤ مدنى " يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير

---

(١) تعريف الفقيه الفرنسى بلانيول ، مشار اليه فى دروس فى المسئولية المدنية لطلبة الدكتوراه جامعة القاهرة ١٩٥٤ . د/ سليمان مرقص .

المشروعة متى صدرت منه وهو مميز " فيؤخذ من هذا النص أنه لايكفى في الخطأ أن يكون اخلالا بواجب سابق وأنه يجب أيضا أن يكون هذا الاخلال صادرا عن تمييز وادراك . ولذلك فان التعريف الجامع للخطأ هو " الاخلال بواجب قانونى مقترن بادراك المخل اياه"[١]. ويتضح اذن من خلال هذا العرض السابق أن للخطأ عنصران : العنصر الأول المادى " التعدى " والعنصر المعنوى " الادراك " وسوف نعرض لهما كما يلى :

أ - العنصر المادى : "التعدى"

يقصد بالعنصر المادى فى الخطأ الاخلال بواجب قانونى . وهذه الواجبات القانونية نجد بعضها محدد ، والبعض الآخر غير محدد . فقد يعرض القانون بطريق مباشر وبنصوص خاصة واجبات معينة يلتزم المكلف بالقيام بأعمال محددة أو الامتناع عن أعمال معينة . فان قام المكلف بما هو مأمور به أو امتنع عما هو مانهى عنه فقد أدى الواجب ولم يقع فى خطأ . والا كان مخطئا وبالتالى مسئولا عن الأضرار التي سببها للغير بهذا الخطأ . ومثل ذلك ما تفرضه لوائح وقوانين المرور على قائدى السيارات من التزام الجانب الأيمن من الطريق عند السير . واضاءة السيارة ليلا . واستعمال آلة

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ١٨٧.

التنبيه عند مفترق الطرق - وعدم تجاوز السرعة عند حد معين . وما تضمنه قوانين العمل والعمال على عاتقهم من التزامات بأداء الواجب الوظيفى بدقة وأمانة وشرف واخلاص . ومراعاة الدقة فى الأداء والنزاهة فى التنفيذ فى مثل هذه الأحوال يمكن وبسهولة تحديد الخطأ عند الاخلال بأى من هذه الالتزامات القانونية غير أن بعض الفقه ذهب (١). إلى أن قصر دائرة الخطأ على الاخلال بهذه الواجبات المنصوص عليها صراحة يؤدى الى تضيق نطاق العنصر المادى للخطأ تطبيقا شديدا يجعل المسئولية التقصيرية قاصرة عن تحقيق العدالة وما تقضيه من تعويض فى كثير من الحالات الأخرى . ومن ثم يجب الكشف عن واجبات قانونية أخرى غير محددة أو منصوص عليها ، وبالتالى يعتبر الاخلال بها خطأ يقيم المسئولية المدنية التقصيرية .

وقد وضع الفقيه الفرنسى بلانيول العديد من المحاولات (٢)، لهذه الواجبات القانونية غير المحددة . فقال باستخدام الواجبات القانونية من المبادئ العامة للقانون ، وذكر أربعة واجبات هى : الامتناع عن استعمال القوة نحو الأشياء والأشخاص . والامتناع عن

---

(١) نظر تارك ج ١ ط ٢ عام ١٩٨٥ ص ٣٤ بند ٥٩.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، مشكلات المسئولية المدنية عام ١٩٨٧ ص ٢٢١ . عرض هذا الرأى والتعليق عليه .

الغش - والامتناع عن كل فعل يقتضى قدرة أو مهارة لا يملكها الشخص بالدرجة اللازمة . ورقابة الشخص الأشياء الخطرة التي يحوزها الأشخاص الذين يكونون فى حوزته ، واستمداد بعض الواجبات القانونية أيضا من قواعد الاخلاق وأعزاها الى واجب قانونى بعدم الاضرار بالغير أو واجب عام باتخاذ الاحتياطات اللازمة لعدم الاضرار بالغير . على اعتبار أن معيار الخطأ لا يثير تحديد صعوبة عندما نكون بصدد التزام بتحقيق نتيجة معينة . لأن الخطأ فى هذا الغرض ليس سوى الاخلال بهذا الالتزام . على أن الخطأ لاينحصر بداهة فى هذه الحالات ، ولا يمكن أن يظل الشخص خارج حدود المسئولية بمنجى عن الضرر الذى يلحق الغير نتيجة نشاطه . ذلك أن الحياة الاجتماعية التي تتقارب فيها الحريات للأفراد وتتزاحم حقوقهم ، وفى ظلها يتسابقون الى اشباع حاجاتهم وتحقيق أغراضهم ، تعرض على كل منهم تحقيقا لصون الحياة المشتركة الالتزام بالسلوك المألوف فى الجماعة ، فاذا انحرف الشخص فى نشاطه عن هذا السلوك المألوف قد ارتكب خطأ يقيم المسئولية قبل من أضر به [١]. وبالمبدأ العام الوارد فى المادة ١٦٣ مدنى وفر الشارع الأمن الفردى والجماعى . وذلك أن الضرر متى جرى نشاطه

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، مشكلات المسئولية المدنية ، عام ١٩٨٧ ص ٢٢١.

على السلوك المألوف أو المعتاد وفى نفسه باتباعه مسئولية الأضرار التي تلحق غيره نتيجة هذا النشاط ، فلن يكون مسئولا عما يصيب غيره من ضرر نتيجة اتباعه السلوك المألوف للناس ، فالتزامه هذا السلوك يوفر له العصمة من الخطأ [١]. ويحقق المشرع بهذا المبدأ العام أيضا أمن الجماعة . حيث يوفر لكل أفرادها الحق فى التعويض لمن أصابه ضرر منهم نتيجة انصراف أحدهم عن السلوك المألوف بينهم والذى ينتظره كل منهم . ولكن فكرة السلوك المألوف فكرة عامة تحتاج الى تحديد لتكون محل واجب أو التزام . ومن ثم ذهب الفقه الى الأخذ بالمعيار المعتاد للرجل العادى [٢]، بينما ينادى الفقه الفرنسى بمعيار الرجل العاقل أو الحريص [٣]. وان كان الفرق عملا بينهما منعدم . فالخطأ أو الانحراف فى السلوك يقدر تقديرا مجردا بحيث يوزن السلوك وانه متفكا عن صاحبه . ويقارن سلوك الرجل العادى ليلحقه وصف الخطأ اذا كان منحرفا عنه أو لايلحقه اذا كان مطابقا له . وعلى ذلك لا يعتد فى تقديره بالخواص الذاتية أو الشخصية لمن أحدث الضرر ، مثل صغر سن المسئولية أو

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، أحكام الالتزام ١٩٧٦ ، ص ٤٦٤.

(٢) راجع د/ السنهورى فقرة ٥٢٨ ، حشمت أبو ستيت ، فقرة ٤٢٣ ، سليمان مرقص ، فقرة ٣٥٦.

(٣) نظر مازو وتانك ، المسئولية ، الطبعة السادسة ، ج١ فقرة ٤٢٨ ، ويذهب مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٤٠ المعيار " للرجل العاقل الحازم المتبصر ".

شيخوخته أو صفة الأنوثة ، على أن هذا التقدير المجرد للرجل العادى لايجب أن يكون فرضا خاليا من الواقعية والا أصبح معيارا لا معني له وخاليا من معناه ، بل يجب الاعتداد بالظروف الخارجية لوقوع الخطر . فاذا صدم شخص عابر للطريق وهو يقود السيارة بسرعة ٨٠ك.م فى الساعة ففى تقدير سلوك الرجل المعتاد لابد من الاعتداد بالظروف التي عاصرت الفعل الضار ، هل كان يقود السيارة ليلا أم نهارا فى منطقة سكانية أم خالية فى شارع مزدحم أم فى طريق سريع . وتقدر سلوكه على مدى سلوك الرجل المعتاد فى قيادته للسيارة فى مثل هذه الظروف مجتمعة لنقف على ما اذا كان قد انحرف عنه أم لا دون اعتداد بالظروف الشخصية أو الداخلية اللصيقة بمن أحدث الضرر . ويمكن اجمال هذا القول بأن الخطأ التقصيرى هو انحراف فى السلوك لا يأتيه الرجل العادى اذا وجد فى الظروف الخارجية التي أحاطت بمن أحدث الضرر .

٢ - العنصر المعنوى "الاداراك"

أشار المشرع المصرى صراحة الى هذا العنصر فى عجز المادة ١٦٢ مدنى " يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ".،

يفهم من هذا النص التشريعى - سالف الذكر - أن المشرع اشترط تمييز العامل الذى صدر منه هذا الخطأ حتى تقوم المسئولية ، واستثناء من ذلك أجاز مسئولية عدم التمييز فى حدود معينة .

وسوف نعرض للقاعدة والاستثناء عليها ..

القاعدة العامة : اشتراط التمييز فى المسئولية :

تجلت هذه القاعدة العامة فى النص سالف الذكر " ... متى صدرت منه وهو مميز " ، ومن ثم لا ينسب الخطأ الى الصغير دون السابعة ، ولا المجنون أو المعتوه ولا الى من فقد التمييز لسبب عارض كالتنويم المغناطيسى وتناول المسكرات وتعاطى المخدرات ، اذا ترتب على هذه أو تلك فقد الوعى ، على أن الخطأ فى مثل هذه الحالات الأخيرة قد يكون فى متناول المسكر أو المتخدر حين يكون من تناولها مسئولا عن انحراف سلوكه ابان فقده لوعيه ، وتقدم من ثم مسئوليته الى أن يقم الدليل على فقدانه الوعى لم يكن نتيجة خطأ منه ، بأنه كان مكرها على تناول المسكر أو لم يعلم بحقيقة المادة المخدرة ، على أن التمييز اذا كان ضروريا بالنسبة للخطأ فانه فى ذات الوقت كاف لنسبته ، وعلى ذلك ينسب الخطأ الى الصبى الذى بلغ سن التمييز وهو فى سن السابعة ، ولم يكن مصابا بعارض

يفقده التمييز . وكذلك الى السفية وذى الغفلة ولو حجر عليهما ، والى المصاب بعاهة مزدوجة ولو عين له مساعد قضائى . ويكون كل منهم مسئولا عن أفعاله غير المشروعة .

استثناء على القاعدة : مسئولية عدم التمييز فى حدود معينة

أشارت المادة ٢/١٦٤ مدني هذه المسئولية المحددة فجاء النص كما يلى " ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم " .

بامعان النظر فى هذا النص المشار اليه سلفا نجد أن المشرع المصرى القى على عاتق عدم التمييز مسئولية احتياطية ومحددة فى ذلك الوقت لا يكون أساسها الخطأ . بل تحمل التبعة[1] حماية للمضرور . ومن ثم كانت مسئوليته احتياطية لاتقوم الا اذا لم يستطع المضرور الحصول على تعويض من شخص آخر ، كأن لم يوجد من يلتزم بالرقابة عليه ، أو وجد ولكنه استطاع نفى قرينة الخطأ عن نفسه أو كان معسرا، وهى أيضا مسئولية محدودة ، فلا يلتزم عديم

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٤٧٢.

التمييز حتما بتعويض الضرر الذى أحدثه وفقا للقواعد العامة فى تحديده ، بل بتعويض عادل ، يراعي فيه القاضى مركز الخصوم خصوصا من الناحية المالية . فالقاضى يسطر حكمه بتعويض كامل اذا كان عديم التمييز ذو ثراء وكان المضرور فقيرا معدوما . ويقضى القاضى ببعض التعويض اذا كان عديم التمييز ميسور العيش فى غير وفر [١]. وكان المضرور فى حاجة الى التعويض ، ويجب على القاضى فى هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله موردا كافيا للنفقة على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم [٢].

ونشير فى نهاية الأمر الى أن المشرع استعمل لفظ " جاز للقاضى " فى عجز النص السابق مما يفهم منه أن اعمال هذه المسئولية جوازى للقاضى ، فله رفض التعويض اذا كان عديم التمييز فقيرا والمضرور يعيش فى سعه [٣].

ومما يزيد القول وضوحا أنها مسئولية تقوم على أساس العدالة وليس على أساس القانون [٤].

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٤٧٣ .
(٢) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق . ص ٥٤٠.
(٣) راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٥٨.
(٤) راجع د / سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٢٥٢ بند ٩٦.

عبء اثبات الخطأ التقصيرى

اذا وقع من شخص ضرر بآخر ، كان على المضرور عبء اثبات وقوعه من المعتدى . فالمسئولية هنا قد ترتبت على عمل شخص صدر من المسئولية ، وقد أسلفنا أن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الاثبات . فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، فترتبت المسئولية فى ذمته ، أى يثبت الدائن أن المدين قد أخل بالتزامه القانوني فلم يستطع الحيطة الواجبة بعدم الاضرار بالغير ، بأن انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، فألحق الضرر بالدائن[1].

رقابة محكمة النقض على توافر ركن الخطأ التقصيرى

استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن لمحكمة النقض الرقابة على قيام ركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية واذا كان التعدى كعمل مادى يعتبر من مسائل الواقع الا أن وصفه القانوني بأنه تعد لأنه انحراف عن المألوف عن سلوك الشخص العادى يعتبر

---

(١) أنظر ديباج ج ٢ بند ٩٣٧ ، ٩٤٤ مكرر اثبات الخطأ .

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٧٦/٦/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٧ ، ص ١٤٥٤.

من مسائل القانون كذلك انتفاء المسئولية فى حالة الدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس على النحو الذى سوف نعرضه فى حالات انعدام الخطأ . واشتراط التمييز لقيام الخطأ وحدود مسئولية عديم التمييز كل هذه مسائل قانون تدخل فى نطاق الرقابة القانونية التي تباشرها محكمة النقض على قاضى الموضوع .

الفرع الثانى

أنواع الخــــطأ

يعالج الفقه أنواع الخطأ تحت مسمي صور الخطأ .. وسوف نعرض فيما يلي لأنواع الخطأ ، اي صوره للوقوف علي حقيقة الخطأ التقصيري الموجب للمسئولية المدنية عن الاعمال الشخصية .

لقد درج الفقه علي تقسيم الخطأ الي نوعين :-

النوع الاول : الخطأ العمد والخطأ بالاهمال .

النوع الثاني : الخطأ الايجابي و السلبي [١] .

وسوف نعرض لكلا النوعين فيما يلي :-

١- الخطأ العمد والخطأ باهمال :-

يقصد بالخطأ العمد ، الاخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الاضرار بالغير ، ولابد أن يكون ذلك الخطأ مصحوبا بقصد الاضرار بالغير .اي باتجاه الارادة الي احداث الضرر . ولا يكفي اتجاهها الي ارتكاب الفعل في ذاته اذا لم تتجه الي احداث نتائجه الضاره ، ويعتبر الخطأ عمدا بمجرد اتجاه الارادة إلي احداث الضرر ولو لم يكن هذا الاتجاه هو الفرض الوحيد او الرئيسي من ارتكاب الفعل

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، الفعل الضار ، عام١٩٨٨ ، ص ٢٦٠ بند ٩٩.

الضار مادام هو قد كان من الأغراض الدافعة الي ارتكابه .

ويري البعض [١] أنه مادام الخطأ العمد قوامه قصد الاضرار بالغير ، فان القاضي يتعين عليه أن يبحث في نفس الفاعل عن توافر هذا القصد أو عدمه ، أو بعبارة اخري أن يكون تقدير الخطأ تقديرا شخصيا او واقعيا لا تقديرا موضوعيا مجردا . ويري استاذنا الدكتور /السنهوري [٢] ان الخطأ العمد يقاس بالمقياس الموضوعي ، كما يقاس خطأ الاهمال . غير ان الرأي الراجح فقها والذي نعول عليه[٣] ان الخطأ العمد يقاس بكلا المقياسين الشخصي والموضوعي . ذلك انه يتكون من عنصرين احدهما مادي وهو الاخلال بالواجب ، والاخر نفسي وهو قصد الاضرار . والاول يقتضي تعيين الواجب الذي حصل الاخــــلال به وفقا للمعيار الموضـــوعي . والثاني لا يكون تقديره الا تقدير شخصيا . غير ان البحث في أغوار النفس ليس بالامر الهـين ، ولا يستطيع القـاضي الا ان يعـول علي بعض المظاهر الخارجية التي يستدل بها علي النيه . ولكن الغالب في هذه المظاهر ان لا تكون قـاطعة الدلالة في اثبات نيـة الضرر . بل تحتمل أيضا الدلالة علي وقوع اهمال جسيم لا أثر فيه للعمد . لذلك جري الفقه

---

(١) أنظر مازو نبلة ٤٠٩ ستارك ج ١ ، ١٩٨٥ ، ص ١٤٧ ، نبذه ٩٩.
(٢) راجع د/ السنهوری ، الوسيط ج١ ، ص ٧٨٥ هامش ١.
(٣) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٢٦١.

والقضاء علي الحاق الاهمال الجسيم بالخطأ العمد بخصوص ما يترتب عليه من اثار في كثير من الاحوال هذا ما لم يثبت المدعي عليه انتفاء قصد الاضرارعنده (١) .

ب- خطأ الاهمال :-

يعرف خطأ الاهمال بأنه الاخلال بواجب قانوني سابق مقترن بادراك المخل ودون قصد الاضرار بالغير(٢) ، فخطأ الاهمال يتكون اذا من عنصرين :-

الأول : عنصر معنوي ويتمثل في التمييز . والثاني مادي : الاخلال بواجب قانوني .

والعنصر الاول كان يقتضي بطبيعة الحال ان يكون تقديره تقديرا شخصيا ، ولكن المشرع المصري وضع قاعدة جري فيها مع الغالب من الاحوال . وافترض بها توافر التمييز في كل شخص من وقت بلوغه سسن السابعة (٣)، فهو بذلك أغني مبدئيا عن التقدير الشخصي بالنسبة الي صغار السن ، غير ان هذه القرينة تقبل اثبات العكس فيما يتعلق بالكبار . ويجوز لذي الشأن ان يثبت انعدام

---

(١) أنظر مازو ج ١ نبذه ٤١٤ مشار اليه فى سليمان مرقص ص ٢٦٢ هامش ١ .
(٢) راجع د. سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ٢٦٢.
(٣) أنظر المادة ٢/٤٥ مدني مصرى .

التمييز لدي المدعي عليه بالمسئولية ويكون تقدير ذلك تقديرا شخصيا واقعيا ، فاذا ثبت ذلك ترتب انتفاء الخطأ وانعدام المسئولية الا في الاحوال الاستثنائية التي نص عليها المشرع في خصوص مسئولية عديم التمييز وهي مسئولية احتياطية في المادة ١٦٤ /٢ مدني ..

اما العنصرالثاني وهو المادي المتمثل في الاخلال بواجب قانوني . فانه يقتضي تعيين هذا الواجب القانوني الملقي علي عاتق الفاعل في الظروف التي ارتكب فيها الفعل غير المشروع . وينظر في تعيين مدي الواجب القانوني الي مسلك الرجل المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وقع فيها الفعل غير المشروع . اي يتم الاخذ بالمعيار الموضوعي . ويذهب البعض في الفقه [١] الي القول ان لخطأ الاهمال درجات هي الخطأ الجسيم والخطأ اليسير . وقد جرت المحاكم علي مراعاة الخطأ الجسيم عند التعويض وتوزيع المسئولية بين الشركاء في هذا الاتجاه . فالمشرع المصري في المادة ١٧٠ مدني " يقدر القاضي التعويض مع مراعاة الظروف الملابسة ولم يفرق بين الخطأ الجسيم واليسير ". وبالتالي لاعتداد في رأينا بين ما ذا كان الخطأ جسيما او يسيرا لاعمال قواعد المسئولية . اذ الخطأ يتحقق باي اخلال بالواجبات القانونية .

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ٢٦٢.

ودرجة الاخلال بالواجبات انما تنصب علي الواجب القانوني الجوهري او الثانوي ، اي علي درجة التفاوت في أهمية الواجبات ، و ان كانت محكمة النقض المصرية خالفت هذا المبدأ في احد احكامها الحديثة نسبيا فقضت [١]" ان ناظر الوقف يسأل عن تقصيره الجسيم نحو أعيانه او غلاته ،ولا يسأل عن التقصير اليسير الا اذا كان له أجر علي النظارة " . وخالف المشرع أيضا ذلك بالنص في قوانين اصابات العمل والتأمين الاجتماعي علي انه لا يجوز فيما يتعلق باصابات العمل ان يتمسك العامل ضد رب العمل بأحكام قانون اخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل . هذا ويميل الفقه الي اعمال هذه التفرقة[٢] في مجال المسئولية المهنية للاطباء بإشتراط الخطأ الجسيم لتوافر هذه المسئولية دون الخطأ اليسير فيعفي منه الأطباء وسائر أرباب المهن .

حسن النية وسوئها في تقدير الخطأ :-

سبق ان المحنا سلفا عند الحديث عن خطأ العمد ان نية الاضرار ركن أساسي فيه علي غير الحال في خطأ الاهمال . وبالتالي فان حسن النية يكفي لنفي الخطأ الاول دون الثاني . وقد قررت

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٦٨/٤/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٧٥.
(٢) راجع د. سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ٢٦٥.

محكمة النقض المصرية ذلك المبدأ في احد أحكامها فقضت " ان المسئولية التقصيرية تقع علي المتسبب بذات الفعل او الترك الضار . سواء أكان متعمدا أومقصرا . وسواء كان عن قصد حسن او قصد سئ ، وقد تابعت المحاكم الدنيا [١] هذا القضاء وقضت بان "من اوقع حجز علي غيره دون حق يلترم بتعويض الضرر سواءكان حسن النية ام سيئ النية " . وانه اذا قام المؤجر برفع منقولات المستأجر وبضائعه من العين المؤجر بناء علي مشورة محاميه ، فان اعتقاده سلامة الرأي وحسن نية المتفرع عن ذلك لا يكون سببا للاعفاء من المسئولية المدنية عن الضرر الذى عاد علي المستأجر من ذلك . ولكن اذا استعمل شخص حقا له ترتب عليه ضرر للغير جاز له التذرع بحسن النيه لينفي شبهةالتعسف في استعمال الحق . فمن يطالب بتعويض عن اجراءات التقاضي الكيدية او توقيع حجز لا مبرر له فانه يقبل منه اثبات صدور ذلك الفعل عن حسن نيه .

٢- الخطأ الايجابي والسلبي :-

المتصور عملا ان الخطأ الايجابي يكون باتخاذ موقف يهدر الواجب القانوني مثل تجاوز السرعة المقررة مما ادي بالشخص الي ارتكاب جريمة الاصابة او القتل الخطأ ، او القيام بتوجيه عبارات السب والقذف في حق شخص ولكن ليس هذا هو الاصل فيمكن ان

---

(١) راجع استئناتى ١٩٢٧/١٢/٢٦ ص ١٢٧.

يكون الخطأ في صورة الامتناع عن القيام بواجب قانوني مثل ترك مقاول البناء حفرة في طريق المارة دون ان يضع تحذيرا من الوقوع فيها أو امتناع الطبيب عن علاج المريض . فاذا توافر في الامتناع شروط الخطأ السابق ذكرها يعتبر خطأ موجبا للمسئولية وذهب البعض في الفقه الي القول [١] بأن الخطأ الايجابي أكثر وقوعا من الناحية العملية من الخطأ السلبي ، ولكن يتسائل البعض [٢]هل كل امتناع يعد خطأ مدنيا يوجب المسئولية .

الواقع ان الامتناع لا يعد خطأ مدنيا الا اذا كان مخالفا لنص قانوني يوجب بالعمل الذي حصل الامتناع عنه اي ان الواجب القانوني الذي يأمر به نص القانون يكون الامتناع عنه مخالفة تشكل خطأ مدنيا .

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٢٧٣.
(٢) راجع بلانيول وريبير واسمان ج ٦ نبذه ٥٠٨ ، دالوز الأسبوعى ١٩٤٠ ،ص ٢٢ ومابعدها.

الفرع الثالث

احوال انعدام الخطأ

النص التشريعي:

لقد عالج المشرع المصري احوال ثلاثة ينتفي فيها ركن الخطأ عن مسلك الشخص رغم وقوع ضرر منه علي المضرور وذلك في المواد ١١٦ مدني وهي الخاصة بحالة الدفاع الشرعي ، ثم ارتكاب الموظف فعل اخر بالغير تنفيذا لأمر رئيس وجب عليه طاعته قانونا وهي المادة ١٦٧ مدني . وسوف نعرض لهذا النص كما يلي :-

فجاء نص المادة ١٦٦ مدني " من احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او ماله او عن نفس الغير او ماله كان غير مسئول علي ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري والا أصبح ملزما بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة ثم جاء نص المادة ١٦٧ مدني " لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذي أضر بالغير اذا قام به تنفيذاً لأمر صدر اليه من رئيس متى كانت طاعته هذا الامر واجبة عليه او كان يعتقد أنها واجبة . وأثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه ، وكان اعتقاده مبنيا علي أسباب معقولة . وانه راعي في عمله جانب الحيطة ، ثم جاء نص المادة ١٦٨ مدني " من سبب ضررا للغير أكبر محدقا به او بغيره لا يكون ملزما له بالتعويض

الذي يراه القاضي مناسبا " . وسوف نعرض لهذه الاحوال كما يلي :-

اولا : حالة الدفاع الشرعي :-

يتضح من نص المادة ١٦٦ مدني سالف الذكر انه يعالج حالة الدفاع الشرعي كسبب لانعدام ركن الخطأ في المسئولية لان الشخص سلك مسلك الشخص المعتاد ، فالدفاع الشرعي عن النفس او المال لا يعتبر خطأ لانه السلوك المألوف الذي سيسلكه الشخص المعتاد لو وجد فى نفس الظروف . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية[1] " ان العبرة في تقدير قيام حالة الدفاع الشرعي ومقتضياته هي ما يراه المدافع في الظروف المحيطة بشرط ان يكون تقديره مبنيا علي اسباب معقولة تبرره " ..ولكن يجب لانطباق هذا الوصف لابد من توافر شروط الدفاع الشرعي علي النحو التالي

١- ان يكون هناك خطر حال علي نفس المدافع او ماله اوعلي نفس الغير او ماله .

يذهب استاذنا الدكتور / السنهوري [2] ان يكون الغير الذي يدافع عنه المخطأ عزيزا عليه الي درجة كبيرة تدفعه الي قيامه بالدفاع عنه . ولكن باستطلاع عبارة النص سالف الذكر نجد انها لا

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٦/٥/١٥ ، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ، ص ٤٨٢.
(٢) راجع د/ السنتهورى ج ١ فقرة ٥٣٢.

توجب هذا القيد وبالتالي يصعب الأخذ به . ولايشترط وقوع الاعتداء بالفعل وانما يكون دفع الاعتداء بالقدر الضروري دون مجاوزة ، فان جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعي كان معتيا ، ويثبت في جانبه الخطأ ، ولكن هذا الخطأ في جانب المعتدي عليه يقابله خطأ في جانب المعتدي ، فتكون مسئولية من يجاوز الدفاع الشرعي مسئولية مخففه [١] تطبيقا لقواعد الخطأ المشترك [٢] ، ويدفع من ثم تعويضا تراعي فيه مقتضيات العدالة [٣] .

ثانيا : حالة تنفيذ امر رئيس طاعته واجبه :-

يتضح من سياق نص المادة ١٦٧ مدني سالف الذكر أنه يجب توافر جملة شروط لاعمال هذا النص نوجزها فيما يلي : -

ا- أن يكون الصادر منه الفعل الضار موظف عام :-

تسبغ صفة الموظف العام علي كل من يتولي وظيفة سواء كانت في الادارات المركزية للدولة مثل الوزارات ام المصالح العامة ذات الشخصية المعنوية العامة مثل الجامعات او الهيئات العامة ام في الوحدات الادارية الاقليمية في الدولة مثل المحافظات ووحدات الحكم المحلي .

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٤٧٤.
(٢) راجع د/ السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٥٣٢.
(٣) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٧٩.

٢- صدور امر رئيس للموظف العام بتنفيذ الفعل :-

يجب ان يكون قد صدر للموظف العام امر بتنفيذ ذلك العمل من رئيس تجب طاعته . ولا يكفي ان يعتقد الموظف ان طاعة هذا الرئيس واجبة عليه [١]، فاذا أصدر الرئيس الذي تجب طاعته الي مرءوسيه أمر غير واجب الطاعة ، بأنه غير داخل في اختصاصه مثلا ، فلا تجب علي هذا الاخير طاعته .

٣- اثبات الموظف مشروعية الامر المنفذ :-

يجب ان يثبت الموظف العام انه كان يعتقد مشروعية الامر الذي نفذه ، وان اعتقاده كان قائما علي اسباب معقولة ، ومن زاوية اخري انه راعي في عمله جانب الحيطة .

٤- حالة الضرورة :-

تناول المشرع تلك الحالة في عجز المادة١٦٨ مدني ، كما سبق القول . وقد قضت محكمة النقض المصرية [٢] " بان الاصل أن حالة الضرورة التي تسقط المسئولية هي التي تحيط بشخص وتدفعه الي الجريمة ضرورة وقاية نفسه او غيره من خطر جسيم علي النفس علي وشك الوقوع به او بغيره . ولم يكن لارادته دخل في حلوله .

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٧٣ - ٣٧٦.
(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٦٩/١/١٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ، ص ٢٤.

فليس للمرء أن يرتكب أمرا محرما ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما إرتكبه " ، ويجب لاعمال نص المادة ١٦٨ مدني توافر الشروط التالية :-

أ - أن يكون من احدث الضرر أو غيره ممن هم أعزاء عليه ، مهددا بخطر محدق في النفس او المال .

ب - أن يكون مصدر هذا الخطر أجنبيا ، اي الا يكون مصدره من أوقع الضرر او من وقع عليه الضرر فاذا كان مصدر الخطر هو الشخص الذي أوقع الضرر فان مسئوليته تكون كاملة (١) . واذا كان مصدر الخطر هو من وقع عليه الضرر ، كان من أوقع الضرر في حالة دفاع شرعي ولا يلتزم باي تعويض .

ج - أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع:

وهذه نتيجة منطقية لانعدام الخطأ لانه اذا كان الخطر المراد تفاديه أقل من الضررالذي وقع لانعدام حالة الضرورة . ويكون من أوقع الضرر مسئولا مسئولية كاملة . واذا توافرت هذه الشروط قامت حالة الضرورة ولا يترتب عليها اعفاء المسئول عن كل التعويض ، بل يلتزم بالتعويض العادل ، اي يخرج القاضي من نطاق المسئولية التقصيرية الي الاثراء بلا واذا لم تتوافر شروطه فان القاضي يحكم بتعويض علي أساس فكرة العدالة (٢).

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠.

(٢) راجع د/ سمير عبدالسيد تناغو ، ص ٢٣٢.

الفرع الرابع

التناسب بين الخطأ والتعسف في استعمال الحق

فكرة الخطأ والتعسف في استعمال الحق :-

ذهب الفقه الي ان الخطأ هو الانحراف في السلوك سواء وقع في صورة الخروج عن حدود الحق وكان هذا الحق عاما اورخصة ، مثل حرية التنقل والتعاقد والنشر او كان حقا خاصا مثل الملكية علي عين معينة او حقا شخصيا في ذمة مدين معين ، فالرجل العادي في سلوكه المألوف اذا أتي رخصة يلتزم قدرا من الحيطة والتبصر واليقظة حتي لا يضر بالغير . واذا استعمل حقا فانه لا يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق ، فاذا ما أنحرف شخص وهو يأتي رخصة كأن تعاقد او نشر اوكتب عن هذا السلوك المألوف من الرجل العادي فمشي الشخص بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللا زمة فدهس احد المارة كان هذا خطأ يوجب المسئولية ، كذلك الحال اذا استعمل حقا معينا مثل الملكية او الارتفاق او الرهن فجاوز الحدود المرسومة للحق الذي يستعمله ، كأن فتح المطل علي أقل من المسافة القانونية او تقاضي فوائد أكثر من المقرر قانونا او قيد الرهن بأكثر من الدين ، كان كل هذا خطأ يحقق مسئولية [1].

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٥.

وفي غضون القرن العشرين أضاف الفقرة الي هاتين الصورتين : الانحراف في اثبات الرخصة والخروج عن حدود الحق صورة ثالثة هي :التعسف في استعمال الحق او اساءة استعمال الحق ، حيث يكمن ركن الخطأ في الانحراف في استعمال الحق عن غايته الاجتماعية ولو لم يخرج صاحبه في استعماله عن الحدود المرسومة في القانون له ، غير ان الفقيه الفرنسى بلانيول [1] ينتقد الاستعمال التعسفي للحقوق لأنها متناقضة كيف يكون الفعل في وقت واحد مطابقا للقانون ومخالفا له ، ذلك أن الحق ينتهي عندما يبدأ التعسف، ولا يمكن أن يوجد تعسف في حق ما . وقد دافع عن هذه النظرية رغم هذا الانتقاد الشديد البعض فى الفقه المصري [2] الذي يري أن اصطلاح التعسف رغم ذلك انتشر في اللغة القانونية و بقيت نظرية التعسف في الخطأ التقصيري صورة مغبرة عن يقية صور لها ضوابطها الخاصة . وأورد هذه الضوابط المشرع المصري في المادتين الرابعة والخامسة من التقنين المدني المصري الجديد ، والتي سوف نعرض لها كما يلي :-

---

(١) أنظر بلانيول ص ٢١٨.

(٢) أنظر د / سليمان مرقص ، ص ١١٠ ، جمال ذكى ، ص ١١٨.

ضوابط التعسف في استعمال الحق :-

لقد تناول المشرع التعسف في استعمال الحق في المادة الرابعة من التقنين المدني المصري الجديد بوضع مبدأ المشروعية في استعمال الحق فجاء النص كما يلي : من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ من ذلك من ضرر .

وجاء نص الماده ٥ من ذات القانون موضحا المعيار اللازم لضبط التعسف في استعمال الخق في ثلاثة ضوابط هي :-

١- قصد الاضرار بالغير .

جاء هذا الضابط في الفقرة أ من المادة الخامسة مدني " اذا لم يقصد به سوي الاضرار بالغير " .

وتعتبر هذه الصورة هي أظهر صور التعسف في استعمال الحق لمجرد الاضرار بالغير ، ويلحق بهاحالة ما تكون نية الاضرار بالغير هي الباعث الرئيس الذي دفع صاحب الحق في استعماله ولو حقق له هذا الاستعمال منفعة ثانوية [١] وتقابل هذه الصورة الخطأ العمدي في إتيان الرخصة .

ويقع عبء الاثبات علي المضرور ، فعليه أن يقيم الدليل علي

---

(١) أنظر د/ عبدالودود يحيى ، ص ٢٢٥.

نية الاضرار التي تكمن في نية صاحب الحق ، فذهب البعض الي القول [١]بأن انعدام المصلحة انعداما تاما في استعمال حقه علي النحو الذي أضرفيه بالغير يكون قرينة علي توافر نية الاضرار .

٢- رجحان الضرر علي المصلحة :-

لابد أن يكون الضرر راجحا علي المصلحة المبتغاه رجحانا كبيرا ، ويعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله له علي نحو يضر بالغير ضررا جسيما اذا لم يكن له في ذلك الا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البته مع هذا الضرر ، ولنسوق المثال التالي لايضاح ذلك ولو أقام المالك في ملكه مدخنه في مكان يتجه دخانه الي مسكن الجار لتوفير النفقات اذا أقامها في مكان اخر ".

وأبرز تطبيق لهذا المعيار ما أخذ به المشرع المصري في خصوص هدم الحائط الساتر في المادة ٢/٨١٨ مدني . وتطبيق هذا المعيار ليس الا تطبيقا لسلوك الرجل المعتاد ، فلا يتفق مع هذا السلوك أن يستعمل حق علي وجه يضر بالغير ضررا بالغا ، حيث لا يرجي منه الا تحقيقا لمصلحة قليلة الأهمية ، لا تتناسب اطلاقا مع هذا الضرر .

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٤٨٤.

٣- عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق الي تحقيقها :-

يعتبر صاحب الحق متعسفا اذا عهد باستعماله حقه الي تحقيق مصالح غير مشروعة ، فصاحب العمل الذي يفصل عاملا لانضمامه الي نقابة بغية أعاقة النشاط النقابي أو الحد منه ، وكذلك المالك الذي يضع اسلاكا شائكة علي حدود ملكه ليجبر شركة الطيران التي تهبط طائراتها علي الأراضي المجاورة علي شراء أرضه بثمن مرتفع ، يعتبر هذا تعسف في استعماله لذلك الحق ، لأنه لا يهدف من وراء هذا الاستعمال الا مصلحة غير مشروعة [١] .

---

(١) أنظر للمؤلف نظرية الحق عام ٢٠٠١ ص ٢١٨ - ٢١٩ .

المطلب الثاني

الضـــــــــــــرر

تمهيد :-

يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسئولية التقصيرية ، وبالتالي لابد من الوقوف علي الأحكام التفصيلية لهذاالركن من حيث : ماهية الضرر وشروطه وأنواعه ، ثم الشخص المطالب به ، ثم انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي للورثة . وأخيرا التعويض عن ضرر الموت .

كيفية اثبات الضرر ، ومدي خضوع القاضي لنطاق الرقابة القانونية التي تباشرها محكمة النقض .

وسوف نتولي عرض هذه الأحكام المجملة تفصيلا علي النحو التالي :

١- ماهية الضرر وشروطه :-

لما كان الضرر قوام المسئولية المدنية التقصيرية ، من ثم كان له هذه الأهمية العملية في اثبات المسئولية التقصيرية ، اذ بدون الضرر لا قيام لهذه المسئولية التقصيرية . ومن ثم فقد بات لزاما علينا في مجال الفقه أن ندلف الي تعريف جامع مانع لماهية الضرر

وشروط تحققه . فالضرر هو الاذي الذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة له حتي ولو لم يكن القانون يكفل تحقيقها . ويقصد بهذا الاذي ان يصبح الحق أو المصلحة أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ. ويجب ان يكون نابعا عن المساس بهذه المصلحة المشروعة سواء كانت مصلحة مادية او أدبية .

ويذهب البعض [١] الي أنه يجب علي المدعي في دعوي المسئولية التقصيرية أن يثبت الضرر أولا قبل اثبات الخطأ . والواقع أنه حيث يكون الخطأ واجب الاثبات ، فانه يتعين علي المدعي اثبات الخطأ والضرر معا وله حق الخيار بالبدء باي منهما دون ترتيب .

٢- شروط تحقق الضرر :-

مما سبق يتضح ان الضرر ركن في المسئولية التقصيرية . ومن ثم يجب أن يكون الضرر حالا ، أي يكون محققا بمعني أن يكون الضرر قد وقع بالفعل [٢]أو محقق الوقوع في المستقبل فالضرر المستقبل من كان وقوعه مؤكدا فانه يكون محلا للمطالبة بالتعويض

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٧٣.

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٤٨٦.

عنه كلما أمكن تقديره ، وكثيرا ما ينشأ الضرر المستقبل عن الاصابات الجسدية ، لأن الضرر الذي ينشأ عن الاصابات الجسدية ، قد يتعذر تحديده قبل أن تحدد حالة المصاب بصفة نهائية ، فهنا يجوز للقاضي أن يقدر تعويضا يساوي القدر المحقق وقت الحكم يه . ويحتفظ للمحكوم له بالحق في المطالبة بتعويض اخر عن الضرر الذي يتحقق بعد صدوره او يحكم بتعويض مؤقت . ويرجئ الي تاريخ لاحق للحكم بالتعويض النهائي . وقد قضت محكمة النقض المصرية تأكيدا لذلك في أحد أحكامها [١] "أنه اذا دخل المدعي بالحق المدني المضرور أمام محكمة مواد الجنح طالبا القضاءله بتعويض مؤقت عن الضرر الذي أ صابه بفعل شخص اخر مع حفظ الحق بالتعويض الكامل من المسئول عن الحقوق المدنية و قضي بالتعويض المؤقت ، فانه لا مانع من الحكم له بالتعويض التكميلي بعد أن اتضح له مدي الأضرار التي لحقته من الفعل الذي يطلب التعويض بسببه " . أما الضرر المحتمل هو ذلك الضرر الذي لم يقع وليس هناك ما يؤكد وقوعه في المستقبل . بل كل ما في الأمر أن هناك احتمالات لهذا الوقوع ، هذه الاحتمالات قد تكون قوية واما ان تكون واهية .

وهذا الضرر المحتمل لا يصلح لتوافر المسئولية المدنية

---

(١) نقض مدنى ١٩٤٣/٤/١ ، مجموعة أحكام النقض ج ٤ ص ١٠٧ ، مشار اليه فى المرجع السابق ، هامش ١٧.

التقصيرية ، بل يتم الانتظار حتي يتأكد وقوعه او علي حد تعبير الفقه يتحول الي يقين ، ومن هنا يجب عدم الخلط بين الضرر المحتمل والتعويض عن فوات الفرصه . وسوف نعرض لهذه الفكرة تفصيلا كما يلي :-

الضرر المحتمل وفوات الفرصة :-

نعم أن الفرصة أمر محتمل ولكن تفويتها أمر محقق الوقوع ، ومن هنا يجب عدم الخلط بين الضرر المحتمل المتمثل في فوات الفرصة ، والأمثلة علي ذلك في كتب الفقه عديده نجتزأ منها ما يوضح معني فوات الفرصه ومدي التعويض عنه ، لو أن سيارة صدمت احدي الطلاب وكان في طريقة لاداء الامتحان في مسابقة ففوت عليه فرصة دخولها او حرمان الطالب من دخول الامتحان بدون وجه حق . ولكن الذي يشغل البال في هذا الصدد هو ما أساس التعويض عن فوات الفرصه ؟ . يتم علي أساس مدي احتمال نجاحه في المسابقة . فاذا كان نجاحه مؤكدا حكم له بالتعويض عن الكسب الذي فات من فرصة ادراكه . ونخلص من ذلك الي أن التعويض عن فوات الفرصة يعتبر حقا تعويضا عن ضررا حالا . وقد استقر القضاء في مصر علي ان تفويت الفرصة يمثل في ذاته ضررا محققا يتعين الحكم بالتعويض عنه ، مثل فرصة كسب دعوي الشفقة ، وفرصة الموظف

في الترقية الي درجة أعلي [١].

أنواع الضرر :-

قد يكون الضرر ماديا يلحق المال أو يكون أدبيا أومعنويا يلحق بالمضرور في غير ذمته المالية . ومن ثم يكمن القول بأن الضرر نوعان : مادي و أدبي أو معنوي . وسوف نعرض لكل منهما علي التفصيل الاتي :-

١- الضرر المادي :-

هو الاخلال بحق للمضرور ذي قيمة مالية أو بمصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية ، ويتمثل الضرر المادي في الاعتداء علي حق مالي أيا كان نوعه سواء كان حقا عينيا مثل اتلاف المنقول أوسرقته أوحرق الزرع أو اقلاعه . أو حقا شخصيا مثل التواطوء مع المدين في عدم الوفاء بالتزامه أو في انقاصه الضمان . أو حقا معنويا مثل نشر المؤلف دون اذن صاحبه ، ويذهب الفقه [٢] الي ان الضرر يكون ماديا في حالة قيام التزام في جانب شخص كان يمكنه تجنبه أو فقد حق كان يمكنه المطالبة به ، كالموثق اذا أهمل في اعلان صحيفة الدعوي أو الوصي اذا أهمل في الاحتفاظ بمخالفته . ويعتبر المساس

(١) راجع د/ عبدالودود يحى - المرجع السابق - ص ٢٨٥.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٤٩١.

بسلامة الجسد ضررا ماديا [١] أصبح كثيرالوقوع في الحياة العملية وذلك نتيجة انتشار الالة . ويقع الضرر المادي وفقا لرأي في الفقه [٢] بالاخلال بمجرد مصلحة مالية للمضرور ، فالغريب الذي يقال اذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية لا في حق ، اذا هو أثبت أن العائل كان يعوله فعلا وعلي نحو مستمر ، فان فرصة الاستمرار علي ذلك في المستقبل كانت محققه [٣]، ويكون له من ثم المطالبة بالتعويض عن فقد هذه المصلحة ، وانما يشترط أن تكون المصلحة مشروعة . فاذا كانت غير مشروعة فان الاخلال بها لايعد ضررا يستوجب الحكم بالتعويض .

٢- الضرر المعنوي أو الأدبي :-

الضرر المعنوي او الادبي يقصد به الضرر الذي يلحق غير المال او كما يعبر عنه الفقه [٤] الضرر الذي لا يمس الذمة المالية باي وجه ، فهو ضرر يلحق الشخص في غير حقوقه المالية . ونري أنه كان من الأدق أن يطلق عليه الضرر غير المالي .. فقد يلحق الضرر الشرف

---

(١) راجع مازو وتانك ، المسئولية المدنية ج ١ فقرة ٢٧٧.
(٢) راجع د/ حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٥٧٣، الصدة فقرة ٤٤٩ .
(٣) راجع د/ البدراوى ص ٢٩٥.
(٤) راجع د / محمود جمال الدين زكى ص ٤١٨.

أو العرض فيعتبر ضرره أدبيا فهناك جانبان للذمة الادبية : الجانب الاجتماعي ، وهو العاطفة او الشعور ، والجانب العاطفي للذمة الادبية . فكل ما يصيب الشخص من الام حية بجرح او معنوية كتشوية كذلك يعتبر ضررا . ويعتبر ضررا أدبيا في الجملة كل مساس بحق غير مالي كحق الشخص علي اسمه وحرمة مسكنه وحقه علي مؤلفه او عقائده . ويذهب البعض في الفقه [١] الي ان الضرر الادبي قد ينم عن معارضة المالك ، جازله ان يطالب بتعويض عما اصابه من الضرر الادبي من جراء الاعتداء علي حقه ، حتي لو لم يصبه ضرر مادي في هذا الاعتداء . ومما يجدر الاشارة اليه هنا ان الضرر الادبي كان محل خلاف في التعويض عنه في مجال الفقه الفرنسي والمصري ثم حسم المشرع المصري هذه المسألة بالنص علي غير ذلك في المادة ١/٢٢٢ مدني "بشمل التعويض عن الضرر الادبي ايضا ...." .

التعويض عن الضرر الادبي والشخص المطالب يه :-

لم يتردد التشريع المدني بالنص علي التعويض عن الضرر الادبي فجاء نص المادة ٢٢٢ مدني كما يلي : "يشمل التعويض عن الضرر الادبي ايضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة ان ينتقل الي الغير الا اذا تحدد بمقتضي اتفاق او طالب به الدائن امام القضاء . ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للازواج والاقارب الي الدرجة

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ص ٤١٩ - ٤٢٠.

الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب " .

بامعان النظر في هذا النص نجد ان المشرع وضع حكمين :
الاول : هو طائفة الحق في هذا التعويض عن الضرر الادبي الي الورثة .وسوف نعرض علي النحو التالي :-

أ - الاشخاص الذين لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي :-

حددت نص المادة ٢/٢٢٢ مدني هؤلاء الاشخاص وهم ان يكون ذوي قربي للمتوفي حتي الدرجة الثانية . اي الاقارب حتي الدرجة الثانية او الزوج للمتوفي . واشترط المشرع لذلك شرطا جوهريا هو ان يثبت ان ألما حقيقيا قد ألم بالمطالب بهذا التعويض من هذه الطائفة نتيجة للوفاة . ونعرض لهذه الافكار الثلاثة كما يلي:-

١- قصر المشرع المطالبة بهذا التعويض علي الزوج مطلقا اي احد الزوجين ، اي من تربطه بالمتوفي رابطة زوجية قائمة وقت الوفاة . وقد تثور بهذا الصدد بعض المشاكل العملية التى تحتاج إلى حل[1]، وخصوصا اذا كان الزوج مسيحيا انفصل جسميا عن زوجتة ، فهل يستفيد الزوج الذي علي قيد الحياة من هذا التعويض ؟ .كذلك

---

(١) راجع د/ سعيد عبدالسلام ، المؤلف فى رسالته عام ١٩٨٨ و التعويض عن ضرر النفس فى المسئولية التقصيرية " .

الامر بالنسبة للمسلمين في حالة الطلاق الرجعي وحدوث الوفاة أثناء العدة ؟ .

في الفرض الاول : نحن نعلم ان الانفصال الجسدي عند المسيحيين لا ينهي رابطة الزوجية ، ويستفيد الزوج الذي علي قيد الحياة من التعويض عن الضرر الادبي الوارد في المادة ٢٢٢ مدني مصري .

وفي الفرض الثاني : يستفيد أيضا الزوج المطلق اذا حدثت الوفاة أثناء العدة .

٢- أما يخصوص الأقارب حتي الدرجة الثانية[١] : حتي يضع المشرع حدا للمطالبة بالتعويض عن هذا الضرر فقد قصر الحق في المطالبة يه علي هذه الطائفة من الاقارب اذ لو فتح المشرع الباب لكان هناك سيل من الدعاوي امام القضاء، ويجاوز التعويض عن الضرر الادبي هو ازالة الألم الذي أصاب المضرور . ولا يتصور عقلا و منطقا ان يجاوز الضرر هذه الطائفة ، حتي ولو كان صديقا حميما للمتوفي والاقارب حتي الدرجة الثانية هم : الولد -الحفيد -الأب - الجد - الأم - الجدة - الأخت . وقد ترك الامر لقاضي الدعوي اذ ان الخطيبة قد يصيبها ضرر أبلغ من هؤلاء .وهى لاتدخل فى هذه الطائفة

٣- اثبات الألم الذي عاد علي أي من أفراد الطائفة

السالفة[١]، ذهب الفقه الي انه يتطلب ان يقوم واحد من الذين تقدم ذكرهم باثبات ان ألما حقيقيا قد أصابه . ولكننا لا نشاطر الرأي المشار اليه في هذا الشرط ، اذ ان نص المادة ٢٢٢ مدني غير قاطع في وجوبه .

ونري ان مجرد قيام صلة بين المتوفي واحد هؤلاء الطائفة "الدرجة الثانية " يعتبر قرينة علي ان الما حقيقيا قد أصاب هذا الشخص .

ب- انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي للورثة :-

لا صعوبة مطلقا في شأن انتقال الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي . وذلك باعتباره عنصر من عناصر التركة . ومن ثم ينقسم بين الورثة طبقا للفروض الشرعي حسب الأنصبة الواردة بحدود الميراث أصحاب القروض والعصبة . ولا يشترط لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى أن يكون المتوفي قد طالب به قبل وفاته او لم يطالب به . فالمهم الا يكون هناك تنازل عن المطالبة به . اما انتقال الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي الي الورثة فان أمره كان مثار للخلاف الشديد . فذهب البعض الي القول ان هذا الحق ينقضي بوفاة المضرور ما لم يكن قد طالب به قبل وفاته . ذلك

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧.

ان هذا الحق لصيق بشخص المضرور . اما وقد مات المضرور قبل استعماله ، فلا يستطيع أحد مباشرته . بينما ذهب البعض الاخر الي ان هذا الحق مثل سائر الحقوق المالة ينتقل الي الورثة ما لم يكن المتوفي قد نزل عنه قبل وفاته . ولكن المشرع المصري ا خذ بمبدأ انتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي للورثة ولكن بأخذ شرطين :-

يتمثل الشرط الاول : ضرورة وجود اتفاق بين المضرور والمسئول عن مبدأ التعويض وعلي مقداره .

والشرط الثاني : اللجوء الي القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي حتي ولو لم يكن قد صدر حكم بذلك . ولكننا نري ان هذا القيد التشريعي المتمثل في احد القيدين سالفي الذكر تعرض لنقد منطقي يتلائم مع المساس بالجانب العاطفي للذمة غير المالية[1]، ذلك ان القيد الاول : الذي يتطلب ضرورة وجود اتفاق بين المضرور والمدين يالتعويض اي المسئول عن التعويض يفرغ التعويض من مضمونه لانه في حالة الوفاة تتبدد كل الامال التي تقترن بالحياة عقب الاصابة المباشرة ، بحيث لا ينتقل الي الوارث الا الحق في التعويض عن الضرر المادي ، كما ان هذا القيد يؤدي الي

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٤٩٧.

براءة ذمة المسئول عن التعويض رغم بشاعة الجرم الذي ارتكبه العامل . اما القيد الثاني : وهو اللجوء الي القضاء فان المصاب يكون في حالة يرثي لها . وربما تعوزه الحاجة المادية في ولوج ابواب القضاء للمطالبة بالحق في التعويض .

ضرر الموت والتعويض عنه :-

من خلال ما سبق نستطيع ان نقرر ان الشخص عندما يصاب في جسده ،فان هذه الاصابه تسبب له ضررين احدهما مادي والاخر أدبي .

اما الضرر المادي: فيتمثل في مصاريف العلاج والتعطل عن الكسب طوال مدة العلاج[١] والفرص المالية التي فاتته . اما الضرر الادبي فيكون في الالام التي تكبدها الشخص منذ الاصابة حتي العلاج . وينتقل الحق في التعويض عن الضرر المادي الي الورثة بحسب الانصبة الشرعية ، وان الحق في التعويض عن الضرر الادبي لا ينتقل الي الورثة الا اذا كان قد تحدد اتفاقا أو تمت المطالبة يه قضاء. وللورثة الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المرتدة بجانب مطالبتهم بالتعويض الموروث . ولكن اذا فرض وانتهت الاصابة بالموت ، فهل يعتبر الموت ضررا يضاف الي الاضرار التي

(١) راجع د/ زحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨.

حدثت أثناء الحياة ، بحيث يكون للورثة ان يطالبوا بجبر هذا الضرر بجانب مطالبتهم بجبر الاضرار الاخري التي سبقته . فاول ما يعرف في هذا الصدد هو بيان حقيقة ضررالموت بالنسبة للمتوفي . هل هو ضرر أدبي أم ضررا ماديا .

ففي الحالة الاولي وهي اذا كان الضرر ادبيا ، فان الحق في المطالبة به لا ينتقل الي الورثة الا اذا تحدد اتفاقا قادرا علي اجراء ذلك لانه يقضي هذه الفترة في الام مبرحته وخوف من الموت . فالنادر جدا مباشرة مثل هذا الحق . واذا كان الضرر ماديا ، فان الحق في تعويضه ينتقل الي الورثة . ولقد حسمت محكمة النقض هذا الخلاف [١] وقررت " انه ولئن كان الموت حقا علي كل انسان الان التعجل به اذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجني عليه ضررا ماديا محققا إذ يترتب عليه فوق الالام الجسدية التي تصاحب حرمان المجني عليه من الحياة وهي أعلي ما يمتلكه الانسان باعتباره مصدر طاقاته وتفكيره ". وانه اذا كان الضرر ماديا فان مشكلة دقيقة جدا قد ثارت ، ذلك ان الورثة لا يستطيعون المطالبة بالتعويض لهذا الضرر الا اذا كانوا قد تلقوا الحق في المطالبة به ضمن موجودات التركة . وهو امر لا يتحقق الا اذا كان الحق في

---

(١) راجع نقض مدني ١٩٨٥/٥/٣ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٢٦ مشار اليه في رسالتنا عام ١٩٨٨ ص ٩٨.

التعويض قد ثبت في ذمة المتوفي ، وهو أمر كان محل خلاف شديد سواء في الفقه او القضاء . وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها السابق " اذا نشأت وفاة المجني عليه عن فعل ضار من الغير فان هذا الفعل لابد ان يسبق الموت ولو بلحظة واحدة مهما قصرت . كما يسبق كل سبب نتيجته .وفي هذه اللحظة يكون المجني عليه مازال أهلا لكسب الحقوق ومن حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور اليه هذا الضرر ويتفاقم ومتي ثبت له هذا الحق قبل وفاته ، فان ورثته يتلقونه عنه في تركته ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر الذي سببه لمورثهم لا من الجروح التي احدثها فحسب وانماأيضا من الموت الذي أدت اليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها " .

اثبات الضرر ومداه :-

ان الضرر مسألة مادية بحته ، وبالتالي يجوز فيها الاثبات طبقا للقواعد العامة في الاثبات بكافة طرقه ويقع عبء من يدعي وجود ضرر . علي المدعي اثبات عناصره أيضا وهذه مسائل موضوعيه تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بعيدة عن نطاق الرقابة القانونية التي تباشرها محكمة النقض علي أحكام المحاكم الدنيا [١].

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٢٨٠.

المطلب الثالث

علاقة السببية

تمهيد :-

لا تتوافر المسئولية المدنية ، الا اذا كان الخطأ من المسئول ناتج عنه مباشرة ضرر متصل به اتصال السبب بالمسبب . فهي تعتبر الركن الثالث في هذه المسئولية ، ولا قيام للسببية في حالة انتفاء الخطأ او الضرر . وفكرة السببية هذه فكرة معقدة للغاية .اذ ان الضرر قد ينشأ عادة عن أكثر من سبب .ومن هنا لابد من تحديد اي الاسباب أدت اليه . ومن زاوية أخري فقد تتعاقب الاضرار .

وهنا ينبغي ان نحدد ماهية الاضرارالناتجة عن الخطأ وغير الناتجة عنه . ومن ثم فان تعددالأسباب وتعاقب الاضرار يؤدي الي تعقيد فكرة السببية . ومن ثم فلابد لنا لايضاح حقيقة هذه الفكرة المنطقية ان نقف علي تعددالاسباب وتعاقب الاضرار وكيفية قطع هذه العلاقة بين الخطأ والضرر ، وذلك في ثلاثة فروع علي النحو التالي:

الفرع الأول

تعدد الأسباب

تمهيد :- قدتتعدد الاسباب -كما ذكرنا - أي يكون سبب الضرر الناتج عن الخطأ له أسباب عديدة . ومن ثم فأي هذه الاسباب يعول عليه . قد تكون الاسباب متكافئة ، وقد يكون سببا وحيدا هو السبب المنتج ، ومن ثم فلابد لنا من عرض هاتين النظريتين :-

١- نظرية تعادل الاسباب :-

يقصد بتعادل الاسباب تساوي الاسباب ، أي كل سبب اشترك في احداث الضرر بحيث لولاه لما حدث يعتبر وحده سببا له . وتتوافر من ثم علاقة السببية بين الضرر وبين كل من الاسباب التي أدت اليه فكل هذه الاسباب متساوية . ولما كان الخطأ أحدهما لان الضرر لم يكن ليحدث لولا وقوعه . فانه يعتبر وحده سببا له . وتقوم من ثم علاقة السببية بينه وبين الضرر . وان لم يستقل بحسب الغرض باحداثه .

ولنسوق هذا المثال التقليدي من كتب الفقه [١] " انه اذا ترك مالك السيارة أبوابها مفتوحة في الطريق ليلا . وتمكن اخر سارق من سرق السيارة في حدوث حادث لأحد الاشخاص المارة . فهنا توافر

---

(١) راجع د./ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥٠٠.

سببان للضرر : الاول : هو اهمال صاحب السيارة في عدم غلق أبوابها وترتب عليه تمكين السارق بهذا الاهمال من ارتكاب جريمة سرقة السيارة .

والثاني : هو سرعة السارق في القيادة فتسبب في حدوث اصابته للغير.

فهذان السببان متساويان في احداث الضرر وكل منهما سببا له . وقد أخذ بتلك النظرية القضاء والفقه الفرنسي والبلجيكي[1] ثم تحول القضاء الفرنسي عن الأخذ بتلك النظرية . وصدرت العديد من أحكام محكمة النقض الفرنسية [2] تحولا عن الأخذ بها وقضت بأن سائق السيارة بدون ترخيص لا يكون بالضرورة مسئولا عن الحادث الذي صدم الغير وعدم مسئولية الحاجزعن اختلاس الحارس للمنقولات المحجوز عليها ، ونشأت مسئولية حادث الاصابة الخطأ لسارق السيارة دون مالكها الذي أهمل في ترك ابوابها مفتوحة مما سهل سرقتها وحدث حادث اصابة للغير .

٢- أثر تعدد الاصابة :-

اذا عزي الضرر الي أسباب متعددة فهنا يثور التسساؤل هل

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢.

(٢) أنظر نقض فرنسي ١٩٤٤/٢/٢٢ دالوز التحليلى ١٩٤٤ ص ١٩٥٧ . ١٩٥٧/٦/٣ جاريت دى باليه ١٩٥٧ - ٢ - ١٥١ - مازو تانك ج ٢ فقرة ١٤٤١.

يلتزم المسئول عن الضرر الذي كان خطأه أحدهما بتعويض الضرر كاملا أم يستطيع الاحتجاج بالاسباب الاخري للحصول علي اعفاء جزئي من التعويض ؟.

يذهب استاذنا الفاضل الدكتور /محمود جمال الدين زكي الي ان المدعي عليه يلتزم بالتعويض الكامل لأن كل الضرر يعود الي خطئه ، اذ لولا هذا السبب لما حدث الضرر . ولكن اذا كان للاسباب الاخري صفة الخطأ فان المدعي عليه لا يتحمل كل التعويض . بل يستطيع الرجوع علي من ساهم بخطئه في احداثه بجزء من التعويض الذي قام بدفعه . أما اذا لم يكن للأسباب الاخري صفة الخطأ بان كان من بين ذلك الاسباب قوة قاهرة .فان هذه الاسباب تظل عديمة الاثر علي المسئولية ويتحمل المدعي عليه عبء التعويض كاملا .

٢- نظرية السبب المنتج :-

يقصد بالسبب المنتج ان تجري عملية فرز بين الاسباب (١) التي أدت الي احداث الضرر فمنها المألوف و العارض .

ويجب الوقوف عند السبب المألوف أي المنتج .أو كمايعبر عنه البعض الاخر أنه يجب التفرقة بين الاسباب التي تؤدي اجتماعها الي حدوث الضرر بين السبب المنتج وهو السبب المألوف الذي يؤدي

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ص ٢٨٣ ، د/ محمود جمال الدين زكى ص ٥٠١

بحسب المجري العادي للأمور الي احداث الضرر . والاسباب العارضة وهي التي لا تحدث عادة . ويجب الوقوف فقط عند السبب المألوف دون العارض ليعتبر وحده سببا للضرر . ومن هنا يجب ان تكون العلاقة بين الخطأ والضرر الذي نشأ عنها منتجة وليست عارضة . وقد ذكر البعض[١] أنه اذا ضرب شخص بيده علي رأس اخر ضربة خفيفة لا تحدث الضرر بأي شخص عادي ، ولكنها أدت الي انحساف في رأس المتعدي عليه لضعف استثنائي في عظام الجمجمة أدت الي الوفاة ، فان هذه الضربة تعدو سببا عارضا للوفاة لا تؤدي الي وفاة الشخص العادي . بل يختلف الامر إذا كان المعتدي عليه رضيعا لم يكتمل عظام رأسه ،فان هذه الضربة تعتبر سببا منتجا للوفاة ، لأنها تؤدي بحسب المجري العادي للامور الي وفاة الطفل ، وتقوم من ثم علاقة السببية بين الاعتداء والوفاة .

---

(١) أنظر مازو وتانك ، المرجع السابق ص ١٩١.

الفرع الثاني

تعاقب الاضرار

تمهيد :- قد يترتب علي الضرر الناتج عن الخطأ عدة أضرار آخري غير مباشرة متصلة بالضرر الأصلي . فما حكم هذه الاضرار المتعاقبة . هل تكون جزأ من عناصر المسئولية التقصيرية . وهل يجوز الحكم بالتعويض ؟ . كل هذه تساؤلات جديرة بالإجابة عليها . وهذا ما سوف نعرضه حالا انه " لا تعويض الا عن الضرر المباشر فقط ".

أ- لا تعويض الاعن الضرر المباشر فقط :-

أي لا مسئولية الا عن الضرر المباشر ، فاذا وقع ضرر نتيجة لخطأ ثم تعاقبت أضرار ناشئة عن هذا الخطأ ، فلا يسأل مرتكبه ، كما هو الحال في المسئولية العقدية ، الا عن الضرر الذي يعتبر طبقا للمادة ٢/٢٢١ مدني . نتيجة طبيعية له " فجاء النص كما يلي :-

"اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد اوبنص القانون . فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به .

ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " .

ورغم أن هذا المبدأ خاص بالمسئولية العقدية ، الا ان حكمة ينطبق كذلك علي المسئولية التقصيرية لأنها تستند علي فكرة رابطة السببية [١] ، ورابطة السببية ركن في المسئولية التقصيرية .

ويذهب البعض الي القول [٢]بأن تحديد الضرر الذي يكون محلا للتعويض بأن يكون نتيجة طبيعية للخطأ ليس في واقع الأمر سوي العودة الي نظرية السبب المنتج - كما سبق القول .وبالتالي يعتبر الضرر مباشرا طبقا لهذا النص في المادة٢٢١/٢ مدني ، اذ كان الضرر الذي يترتب علي الخطأ وفقا للمجري العادي للأمور . أما الضرر الذي لا يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ فهو ضرر غير مباشر . ولا يكون واجب التعويض عنه .

ولنسوق المثال التقليدي الوارد في كتب الفقه [٣] لتوضيح كيفية تعاقب الاضرار والضرر المباشر الواجب التعويض عنه "ان شخص ما اشتري بقرة مريضة ووضعها في حظيرة المواشي ، فانتقلت

---

(١) راجع د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٨٥.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥٠٥.
(٣) راجع د/ عبدالودود يحى ، ص ٤٤٨.

العدوي الي بقية المواشي فماتت جميعها فعجز عن زراعة أرضه وكثرت عليه الديون فانتحر "فتطبيقا للمعيار الوارد في المادة ٢/٢٢١ مدني سالف الذكر يسترشد القاضي بكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء يالالتزام . ومن هنا تعتبر عدوي المواشي في هذا المثال نتيجة طبيعية ولكن عدم زراعة الارض والانتحار وكثرة الديون لاتعتبر كذلك . ويعترض جانب من الفقه المصري علي عبارة "عدم امكان توقي الدائن له ببذل جهد معقول " .والربط بينهما وبين كون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام . فقد لا يستطيع الدائن ان يتوقي ضررا ، ومع ذلك لا يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية او ضرورية او محققة للواقعة التي لحقها وصف الخطأ . ولعل الأدق في التعبير انه لتحديد الضرر المباشر وتمييزه عن الضرر غير المباشر ان نرجع الي علاقة السببية بين الخطأ والضرر . والقول بان الضرر المباشر هو الذي يعتبر نتيجة طبيعية او ضرورية او محققة للواقعة التي لحقت بها وصف الخطأ - كما سبق - ولا مجال للتفرقة في المسئولية التقصيرية بين ضرر متوقع وضرر غير متوقع ، علي خلاف الحال في المسئولية العقدية يلتزم المدين بتعويض الضرر المباشر كله سواء كان متوقعا ام غير متوقع [١].

---

(١) راجع د./ أحمد سلامة ص ٢٩٢.

الفرع الثالث

رابطة السببية

تمهيد:

أسلفنا أن المسئولية المدنية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة من الخطأ - الضرر - السببية . فكل منهم ركن مستقل . الخطأ ركن مستقل والضرر مستقل أيضا . والسببية كذلك ركن مستقل . ومن هنا وجب علي من يدعي مسئولية الغير يكون علي عاتقه طبقا للقواعد العامة إثبات هذه الأركان الثلاثة مجتمعة . وسوف نعرض فيما يلي لكيفية إثباتها والقرينة القانونية التي وضعها المشرع عندما يثبت الخطأ ويتوافر الضرر فلابد من قيام رابطة السببية . وكيف تنقطع هذه الرابطة في مجال النفي .. أي من ينقشع عنه الفعل الضار وصف الخطأ .

١- ماهية السببية :-

لقد أقام المشرع المصري في المادة ١٦٥ مدني قرينة علي وجود علاقة السببية . أي أنه متي أثبت المضرور وقوع الخطأ وتوافر الضرر فانه يفترض أن الضرر قد نشأ عن الخطأ . أو كما تقول الأعمال التحضيرية " أنه متي ثبت الخطأ فإن رابطة السببية تثبت

ضمنا . وقد ذهبت محكمة النقض المصرية تأييدا لهذا المبدأ [(١)] أنه من أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر . فان القرينة علي توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور . وقد ذهب البعض الي القول [(٢)] أنه بهذا الإفتراض أن هذه القرينة تقبل إثبات العكس وذلك بصريح نص المادة ١٦٥مدني التي جاء نصها " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو إتفاق علي غير ذلك " .

ويفهم من ذلك أن وسيلة هدم هذه القرينة هي إثبات أن الضرر كان ناتج عن سبب أجنبي . ومن ثم فان فكرة السبب الأجنبي تكون جديرة بالبحث . وسوف نعرض لها كما يلي :-

٢- فكرة السبب الأجنبي و صوره :-

لقد عبر عن السبب الأجنبي [(٣)] بعض الفقهاء فعرفه " أنه كل فعل أو حادث لا ينسب اليه ويكون قد حمل منع وقوع العمل الضار

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٨٩/٢/٢١ منشور فى مجلة القضاة الفصلية عام ١٩٨٩ ص ٢٢١.

(٢) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٨٦.

(٣) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧.

مستحيلا " وفي واقع الأمر أن للسبب الأجنبي ركنين هما :-

الركن الأول :- ركن السببية ، أي يستحيل علي المدعي عليه في مثل هذه الظروف التي وجد بها بمعيار الرجل المعتاد إستحالة مطلقة أن يتصرف بخلاف ما فعل . وهذه مسألة موضوعية تترك لتقدير القاضي بعيدة عن نطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض (١)

أما الركن الثاني :- وهو إنتفاء الإسناد . أي عدم إمكان إسناد الفعل إلي المدعي عليه . أو كما يعبر عنه الفقه أنه يشترط ألا يكون المدعي عليه قد أسهم بخطئه في إحداث هذا الفعل أو الحادث . وهذا يجرنا إلي معرفة الشروط التي يجب توافرها لكي يكون الحادث سببا أجنبيا وهذه الشروط هي:-

أ - عدم إمكان التوقع :Impyevisibilite

يشترط أن يكون الحادث غير متوقعا ، لأنه إذا كان متوقعا ، فإن الشخص يعتبر مقصرا إذا لم يتخذ الإحتياطات اللازمة لتلافي مايمكن أن يترتب عليه من آثار . ولكن لا يشترط أن يكون الحادث لم يسبق وقوعه أصلا . فالزلازل والبراكين والفيضانات غير العادية والحروب كلها حوادث سبق وقوعها ومع ذلك تعتبر قوة قاهرة طالما كانت متوقعة في الوقت الذي حدثت فيه مرة ثانية . ويذهب الفقه

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ،ص ٢٨٧.

(١) الي أن تقدير ذلك يكون بمعيار موضوعي وليس بمعيار الشخص العادي .

ب - عدم إمكان التلاقي :- إستحالة الدفع Impyevisibilite

يقصد بعدم إمكان التلافي أن يكون الحادث مستحيل الدفع ، والإستحالة هنا هي الإستحالة المطلقة دون النسبية . أي أن يكون تنفيذ الإلتزام مستحيل إستحالة مطلقة ، أي بالنسة لكل شخص يوجد في مركز المدين سواء كانت إستحالة مادية أو معنوية . فلو تعاقد فنان علي الغناء في حفل ثم توفي شخص عزيز عليه في اليوم السابق علي إقامة الحفل ، فاستحال عليه معنويا الغناء فالحادث هنا يعتبر قوة قاهرة (٢) .

صور السبب الأجنبي:-

يكاد ينعقد الإجماع في الفقه وأحكام القضاء ، بل تكاد تربط محكمة النقض المصرية بين صور السبب الأجنبي بأنه يشترط أن يكون السبب الأجنبي الذي يسوقه المدعي عليه لدفع المسئولية

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحى ، المرجع السابق ، ص ٢٥٩.

(٢) أنظر نقض مدنى مصرى ١٩٨١/٣/٢٧ ، الطعن ، السنة ٤٧ ق مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٣١ ص ٩٣٠ " يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم امكان التوقع واستحالة الدفع وهذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذى تستقل به محكمة الموضوع بتحصيله من أوراق الدعوى .

محددا لا تجهيل فيه ولا إبهام سواء كان ممثلا في قوة قاهرة أو حادث فجائي أوخطأ المصاب أم خطأ الغير .

وهذه هي أمثلة أو صور للسبب الأجنبي : القوة القاهرة والحادث الفجائي - خطأ المضرور - خطأ الغير ..

وسوف نعرض لهذه الصور جليا بشئ من التفصيل نظرا لأهمية عرض هذا التحليل في حل المشكلات العملية التي تصادف الباحث في هذا المجال وذلك علي النحو التالي :-

أ - القوة القاهرة والحادث الفجائي :- [١]

Force majeure - cas fartuit

ذهب بعض الفقهاء إلي التفرقة ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ، إلا أنهم إختلفوا في أساس هذه التفرقة . فذهب فريق أول إلي أن القوة القاهرة تتميز بعدم إستطاعة الدفع بينما يتميز الحادث الفجائي بإستحالة التوقع ، ولكن هذا الإتجاه غير صحيح من الزاوية القانونية التحليلية لأن كل منهما يجب أن يكون مستحل الدفع . وغير ممكن متوقعه ، بينما يذهب إتجاه ثان الي أن القوة القاهرة تكون مستحيلة الدفع إستحالة مطلقة ، أما الحادث الفجائي يكون مستحيلا إستحالة نسبية . وهذا الرأي غير صحيح أيضا لأن إستحالة الدفع تكون مطلقة في كلتا الحالتين سواء كنا بصدد قوة

قاهرة أم حادث فجائيا .

ومن ثم ذهب إتجاه ثالث .. يري أن القوة القاهرة تعزي الي أمر خارجي علي خلاف الحادث الفجائي يعزي الي أمر داخلي . ولكن هذا الإتجاه كسابقه غير صحيح لأن ذلك يكون مجال المسئولية القائمة علي تحمل التبعة فقط مثل حادث العمل .. ولكن الإتجاه الصحيح الذي يميل اليه غالبية الفقه أنه لا تمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي . بل هما مترادفان ، ويجمع بينهما في عبارة واحدة . وتقدير قيام القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو من مسائل الواقع . وكل ما يطلب من قاضي الموضوع أن يستند بشأنها الي تسبيب سائغ . وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها [1]"أن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ بالمعني الوارد في المادة ٦٦٥ مدني مصري تكون حربا أو زلزال أو حريق . كما تكون أمرا إداريا واجب النفاذ . بشرط أن يتوافر فيها إستحالة التوقع وإستحالة الدفع . ويترتب علي توافرهما إنقضاء التزام المدين بسبب إنتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر ولا يكون هناك مجال للتعويض في الحالتين " .

---

(١) راجع نقض مدنى مصرى ١٩٧٦/١/٢٩ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ٢٤٢

ب - خطأ المصاب :-

قد يساهم المضرور في الضرر الذي نزل به من خطأ يعوده إاليه . كما لو كان شخص يقرأ الصحيفة اليومية بشارع تمر به سيارات الركوب فصدمته إحدي السيارات المسرعة . من ثم فإن خطأ المصاب في هذا المثال يكون له دخل في وقوع الضرر به . ومما يثير التساؤل هل لهذا الخطأ الصادر من المضرور تأثير علي الخطأ الصادر من قائد السيارة المسرعة المسئول عن الحادث أم لا ؟ .

أجاب الفقه علي ذلك (١) أنه يجب التفرقة بين فرضين :-

الأول :- إستغراق أحد الخطأين الخطأ الآخر .

والثاني :- إستقلال كل خطأ عن الآخر .

ونظرا لأهمية هذه الفروض في الواقع العملي سوف نشير إليها بشئ من التفصيل لإيضاح أحكامها كما يلي :-

١ - إستغراق أحد الخطأين الخطأ الآخر :-

الأمر الذي لا مراء فيه أن أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، إذا كان يفوقه في الجسامة أو إذا كان أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر ، وسوف نعرض لهاتين الصورتين كما يلي :-

---

(١) راجع د. عبدالودود يحى ، المرجع السابق ص ٢٥٨ - ٢٦٢.

١ - جسامة أحد الخطأين عن الاخر :-

يعتبر أحد الخطأين يفوق الآخر في الجسامة في صورتين :-

أ- أن يكون أحد الخطأين متعمدا :-

إذا كان أحد الخطأين متعمدا فإنه يستغرق الخطأ الآخر ولا يعتد إلا بالخطأ المتعمد ، فإذا كان الخطأ المتعمد قد وقع من المدعي عليه ، قامت مسئوليته كاملة ، ولا يعتد بخطأ المضرور . ولنسوق المثال التالي من كتب الفقه [١] لإيضاح هذه الصورة أن يشاهد سائق سيارة غريما له يعبر الشارع وهو يقرأ صحيفة فيتعمد الإصطدام به " .

وإما إذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المضرور نفسه فلا تقوم المسئولية لإنعدام رابطة السببية . كما لو ألقي شخص نفسه أمام سيارة بقصد الإنتحار ، فهذا الخطأ يستغرق خطأ السائق الذي يقود سيارته بسرعة حتي ولو كان متجاوزا السرعة القانونية .

ب - رضاء المضرور :-

الأصل المقرر أن رضاء المضرور لا يعني أنه يريد إلحاق الضرر بنفسه . ولذلك لا تنتفي عن فعل المسئول صفة الخطأ وتبقي المسئولية كاملة . ومثال ذلك " الطبيب الذي يجري عملية جراحية

---

(١) راجع د/ عبد الودود يحي ، المرجع السابق ص ٢٦١.

خطرة دون ضرورة إليها يكون مخطئا ولا يعفيه من المسئولية أن يكون المريض قد رضي بإجراء العملية ، ولكن قد يعد رضاء المضرور خطأ يساهم في إيقاع الضرر . ففي هذه الحالة يخفف خطأ المضرور من مسئولية المسئول لأن الخطأ يكون مشتركا . ومثال ذلك أن يركب شخص سيارة وهي تالفة مع علمه بذلك ، أو يعلم أن قائد السيارة لا يجيد القيادة . أو يدفع السائق لأن يقود السيارة بسرعة عالية في طريق وعر فيقع الحادث يؤدي الي الإصابة ، في مثل هذه الظروف يخفف خطأ المضرور من مسئولية السائق .

٢- أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر :-

يعتبر أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر إذا كان الخطأ الذي وقع أولا هو الذي حدث . فإنه في هذه الحالة يستغرق الخطأ الثاني . والقاعدة في هذا الصدد ، أنه إذا إستغرق خطأ المضرور خطأ المسئول إنتفت علاقة السببية ، وبالتالي إنتفاء المسئولية . ومثال ذلك " أن يدعو صديق يملك سيارة أحد أصدقاءه للركوب معه ثم يعمد الأخير الي مداعبة سائق السيارة فتختل عجلة القيادة من يده ويصاب الصديق نتيجة لذلك . وقد يكون خطأ المضرور نتيجة لخطأ المسئول فيستغرق الأخير الأول فيعتد بخطأ المسئول دون المضرور . وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد[1] "أن الأصل في أن خطأ

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٦٨/١/٢٩ مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٩ ، ص ٤٠٧ .

المضرور لا يرفع المسئولية وإنما يخففها . ولا يعفي المسئول إستثناء من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه ، وأنه بلغ حدا من الجسامة بحيث يستغرق خطأ المسئول " .

٢ - إستقلال كل خطأ عن الآخر :- " الخطأ المشترك " :

إذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر ، وهو ما يسمي بالخطأ المشترك ، ووجدت علاقة السببية بين كل منهما والضرر ، فيجب أن يتحمل كل مخطئ نتيجة خطئه . فلا يلقي بالتبعة للضرر علي عاتق المدعي عليه لأن المضرور يجب أن يتحمل نتيجة خطأه . ولكن لا يعفي المدعي عليه كلية من هذا الضرر ، لأن الخطأ الذي إرتكبه ساهم في إحداث الضرر .ومن ثم يجب أن يتحمل نتيجته .

وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن (١) " أنه إذا كان المضرور قد أخطأ أيضا وساهم هو الآخر بخطئه في الضرر الذي أصابه . فإن ذلك يجب أن يراعي في تقدير مبلغ التعويض المستحق له . فلا يحكم له علي الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير ، لأن كون الضرر الذي لحق المضرور ناشئا عن خطأيين . خطأه هو

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٤٥/٤/٢ ، مجموعة أحكام النقض منشور فى مجلة المحاماه السنة ٢٠ رقم ٢٠٠ ص ٤٨٩.

وخطأ الغير . ذلك يوجب توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما . وبناء علي عملية تشبه المقاصة ، لا يكون الغير ملزما إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل الضرر منقوصا منه ، ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذي وقع منه " . ولنسوق المثال التالي لإيضاح ذلك " أن تصدم سيارة شخص من المارة أثناء إضاءة النور الأحمر للمشاة فهل مثل هذا الفرض يعتبر كل خطأ سببا منتجا في إحداث الضرر ، فلا يتحمل المسئول إلا نصف الضرر ويتحمل المضرور النصف الآخر " . ولكن المشرع في المادة ٢١٦ مدني وضع قاعدة جوازية لقاضي الموضوع . وجاء النص كما\يلي ؛ يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد إشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه " .

من هذا النص يكون الأمر جوازي للقاضي ، فقد يري أن مساهمة أحد الخطأين في إحداث الضرر أكبر من مساهمة الخطأ الآخر . فيوزع التعويض علي هذا الأساس .

ومما هو جدير الذكر أن محكمة النقض المصرية قد إستقر قضائها علي أن مسألة الإشتراك تقديرها موضوعي وليس بالمعيار الشخصي [١] .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٩٠.

وتطبيقا لذلك " أنه وإن كان الفعل الذي يقع من الصغير والمعتوه لا يعد خطأ إراديا . إلا أنه إنتقل فجأة من ناحية من جانب الطريق الي الجانب الآخر فوقع حادث تصادم له . فإن هذا المسلك من أي منهما يعتبر خطأ في حق سائق السيارة " .

ج- خطأ الغير : **La Faute d'utiers**

قد يساهم الغير بخطأ مع المسئول عن الضرر . وفي هذه الحالة لا يخلو الأمر من أحد فرضين : الأول :- أن يستغرق أحد الخطأين الآخر . والثاني :- إستقلال كل خطأ عن الآخر .

وسوف نعرض فيما يلي لهاتين الصورتين ، ثم لشروط مسئولية خطأ الغير .

صورة خطأ الغير :- فتتمثل الصورة الأولي في إستغراق أحد الخطأين الآخر .

فإذا إستغرق خطأ المسئول خطأ الغير ظلت المسئولية كاملة للمسئول وليس لخطأ الغير دخل في هذه المسئولية . أما إذا إستغرق خطأ الغير خطأ المسئول . فالعبرة إذا بخطأ الغير . وهو وحده الذي يتحمل هذه المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر إذاكان أحدهما متعمدا . أو كان

هو الذي دفع الي إرتكاب الخطأ الآخر ، والذي يكون محلا للإهتمام هو إستغراق خطأ الغير لخطأ من رفعت عليه دعوي المسئولية . فهنا يكون الغير سببا أجنبيا تنعدم معه علاقة السببية بين خطأ من ترفع عليه الدعوي وبين الضرر .وقد قضت محكمة النقض المصرية [١] " أنه يشترط في خطأ الغير الذي يعفي الناقل من المسئولية إعفاء كاملا . ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه . وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذي سبب الضرر للراكب" . وأما إذا لم يستغرق أي من الخطأين الآخر بقي الخطأين قائمين ، واعتبر كل منهم سببا في إحداث الضرر . فيتعدد المسئولون عن الضرر . ويكون كل منهم مسئولا في مواجهة المضرور عن الضرر فى مجموعه . ويقسم التعويض فيما بينهما بالتساوي إلا إذا حدد القاضي نصيب كل منهم طبقا لجسامة خطأه . ويجد هذا المبدأ جذوره العميقة في عجز المادة ١٦٩ مدني " إذا تعدد المسئولون عن الفعل الضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسئولية بينهم بالتساوي إلا إذا حدد القاضي نصيب كل منهم في التعويض ".

ومما يجدر الإشارة إليه ، أنه بموجب أحكام التضامن الوارد في هذا النص سالف الذكر يستطيع المضرور الرجوع علي أي منهما بكل التعويض كاملا الرجوع علي الآخر بقدر نصيبه

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٩/٣/٧ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٤٥ ، الطعن ٧٨٤.

أما الصورة الثانية :- وهي صورة الخطأ المشترك ، قد يشترك في إحداث الضرر خطأ المسئول وخطأ الغير وخطأ المضرور . فنكون بصدد تعدد المسئولون عن الفعل الضار - كما سبق القول - فتوزع المسئولية بينهم بالتساوي كل منهم الثلث .

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد [١] أنه إذا تعددت الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيها ، أيا كان قدر هذا الخطأ المنسوب إليه ، يستوي في ذلك أن يكون سببه مباشرا أو غير مباشر في حصوله " .

(١) أنظر نقض جنائى ١٩٨٦/١/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٩١ ، ص ٩٤.

المبحث الثاني

" دعوي التعويض "

تمهيد :-

إذا توافرت أركان المسئولية المدنية التقصيرية ، فإن المسئول يكون عليه أداء التعويض المستحق طبقا لما هو وارد في المادة ١٦٣ مدني ، إذ مسئولية المدعي عليه تنحصر في جبر الضرر الذي حاق بالمضرور ، فقد يتفق المسئول والمضرور علي طريقة التعويض وتقديره ومداه . ومن ثم فلا مشكلة تثار في هذا الشأن . ولم يعد هناك محلا للمطالبة القضائية ، ولكن الأمور لا تسير بهذه السهولة . إذا أن المسئول كثيرا ما ينازع المضرور في الحصول علي حقه . ويمتد الأمر لسنوات عديدة . فمن هنا بدأت أهمية الدعوي القضائية التي يخولها المشرع للمضرور . فبهذه الوسيلة القضائية يستطيع المضرور الحصول علي تعويض الضرر من المسئول . ومن ثم بدت أهمية دراسة دعوي التعويض لزاما علينا بعد الفراغ من بحث عناصر المسئولية المدنية التقصيرية . ونتناول في الدعوي أشخاصها وموضوعها وسببها والإختصاص بها وإتفاقات المسئولية فيها ، وتقادمها وذلك علي النحو التالي :-

المطلب الأول

اشخاص دعوي التعويض

المدعي و المدعي عليه في التعويض :-

أ- المدعي في دعوي التعويض :-

يقصد بالمدعي في دعوي التعويض المضرور الذي يطالب بجبر الضرر الذي وقع عليه سواء كان ضررا مباشرا أو مرتدا عليه من ضرر أصاب غيره (١) . ويجب علي المدعي أن يكون أهلا للتقاضي ، فإذا كان ناقص الأهلية فإن الدعوي تكون غير مقبولة . وإذا لم يدفع المدعي عليه الدعوي بعدم القبول لذلك السبب ، فلا يجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) وللمدعي أن يباشر هذا الحق بنفسه . .كما يجوز للنائب عنه مباشرته سواء كان النائب وكيلا أو وليا أو وصيا . بل يجوز للخلف العام سواء كان وارثا أو موصي له بحصة في التركة مباشرة هذا الحق ، بل أكثر من ذلك يجوز أن يباشر هذا الحق من أحيل إليه الحق في التعويض إذا لم يوجد نص يمنع الحوالة . أو من يحل محل الدائن به بسبب الوفاء بالتعويض للمضرور (٢).

---

(١) راجع د. سليمان مرقص ، الوافى ، شرح الالتزامات الفعل الضار عام ١٩٨٨ص٥٧٠.

(٢) أنظر نقض جنائى ١٣/٥/١٩٤٠ السنة ٤٢ قاعدة ٦٤.

(٣) راجع للمؤلف ، رسالته عام١٩٨٨، التعويض عن ضرر النفس ص٢١٢" حوالة الحق فى التعويض " .

ومما هو جدير بالذكر أنه في الأحوال التي يباشر فيها النائب هذا الحق يتعين علي النائب إبراز الصفة التي يباشر بها هذا الحق وأن يطلب الحكم له بالتعويض بهذه الصفة ، بل يجب عليه إثبات نيابته أمام القضاء . ويجوز أن يكون المضرور شخصا معنويا فيباشر التعويض بإسم الممثل القانوني بشرط إثبات هذه الصفة ، ويعود الحكم في آثاره الي الذمة المالية للشخص المعنوي ، وذلك سواء كان عن الضرر المادي أو غير المالي .

وكما يمكن أن يصيب الضرر شخص واحد يمكن أن يصيب عدة أشخاص بأضرار سواء كانوا هم الذين وقع عليهم الضرر مباشرة أم كانوا مما أصابهم ضرر مرتد عن الضرر الأصلي . ففي هذه الحالة يجوز لكل من أصابه ضرر ولو ضرر مرتد أن يطالب بتعويض الضرر الذي أصابه . فتعدد الدعاوي بتعدد عدد المضرورين .

ويجوز لكل من المضرورين أن يرفع دعوي مستقلة بطلب التعويض ، عما أصابهم من ضرر دون أن يتأثر بدعاوي الآخرين . ويجوز لهم توجيه مطالبتهم جميعا بدعوي واحدة مشتركة سواء كانوا باشروها جميعا بأنفسهم أم أنابوا كلهم أو كل فريق منهم نائبا واحدا عنهم ، سواء كان النائب محاميا أو غير محام . ويكون لكل واحد منهم الحق في الحكم له بالتعويض وأن ينفذ بهذا القدر المحكوم له

به [١] . ويجب أن يثبت المدعي أنه صاحب الحق الذي وقع الضرر مساسا به . فمن يطالب بتعويض عن إتلاف سيارة يجب عليه إثبات ملكيته لهذه السيارة ، لأنه إذا لم يثبت هذا الأمر لا يعتبر الإتلاف ضررا شخصيا قد عاد عليه ، ولا تكون دعواه مقبولة[٢]. ومن يطالب بتعويض عن إتلاف زراعة لا يكتفي منه إثبات ملكية الأرض المنزرعة ، لأن الزراعة - أي المحصول - قد تكون لمستأجر الأرض أو صاحب حق الإنتفاع . فلا يكون مالك الأرض هو المضرور بتلف الزراعة ، فلا تقبل منه دعوي التعويض عن المحصول الذي تلف [٣] . وفي نهاية الأمر ، يجوز لمن عوض المضرور عما أصابه من ضرر نتفيذ الإلتزام فرضه القانون مثل إلتزام المؤمن بتعويض المؤمن عليه ، أن يطالب المسئول مرتكب الفعل الضار بالتعويض المستحق للمضرور الأصلي في حدود ما ألزم هو بدفعه يمثل ضررا مرتدا عليه من الفعل الضار الذي أصاب الأخير . والطريق الثاني هو دعوي الحلول بإعتبار أنه إذا رفع للمضرور الأصلي ما دفعه إليه تعويضا للأضرار التي أصابته بفعل مرتكب الفعل الضار أي المسئول

---

(١) أنظر نقض جنائى ١٩٧٥/٤/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض الجنائى ، السنة ٢٦ ص ٣٦٧.

(٢) أنظر نقض جنائى ١٩٥٦/٦/١٤ ، مجموعة أحكام النقض المدنى ، السنة ٧، ص ٧٣٣.

(٣) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٥٧١.

عن هذا الفعل ، يكون قد حل في حق المضرور الأصلي قبل المسئول بمقدار ما دفعه للمضرور .

ب – المدعي عليه في دعوي التعويض :

هو المدينين بالتعويض ، أى الشخص الذى يسأل عن الفعل الضار ، وتقام دعوى التعويض ضد المدين شخصيا أو نائبه كالوصى أو الولى أو القيم أو على ممثله القانونى مثل ناظر الوقف أو السنديك أو رئيس مجلس الادارة أو المصفى أو الوزير المختص أو المسئول عن الحقوق المدنية عن فعل الغير . كل حسب الحالة التي يوجد بها . ويجوز اقامة هذه الدعوي على خلف المسئول سواء كان خلفا عاما كالوارث باعتباره ممثلا للتركة . ويجوز مطالبة كل واحد منهم بالمستحق في ذمة موروثه . فيحكم علي الوارث المختصم بصفته ممثلا للتركة بكامل التعويض ، علي أن ينفذ بالحكم علي جميع أموال المدين المتوفي ويقسم الباقي من أمواله بين جميع الورثة كل منهم حسب النصيب الشرعي ، إعمالا للقاعدة العامة الواردة في الشريعة الإسلامية " ألا تركة إلا بعد سداد الديون " أي يكون إقتضاء التعويض من أموال المورث قبل قسمتها بين الورثة .

أما في الحالة الثانية : وهي مباشرة التعويض قبل الخلف الخاص ، فيجوز توجيه دعوي التعويض إلي الخلف الخاص للمسئول

مثل مشتري متجر من بائع مسئول عن التعويض إذا كان التعويض مستحقا بسبب النشاط في المتجر محل البيع ، لأن المشتري لهذا المتجر يشتري مجموعة من الأموال بما فيها حقوق وديون . ويحل فيها محل بائع المتجر . وهذا البيع يتضمن حوالة هذه الحقوق وتلك الديون إلي المشتري [١] فيصبح هذا محال عليه بدين التعويض ، كما يصبح محال له بحقوق المتجر المبيع إليه [٢] . ويجوز توجيه الدعوي المدنية بالإضافة الي المتهم المسئول مدنيا عنه كالمتبوع والسيد . ويجوز للأخير التدخل إلي جانب المتهم ليدفع مسئوليته المدنية . وهذا مشروط بأن تكون الدعوي المدنية قد وجهت إلي المتهم تبعا للدعوي العمومية [٣]. وإذا تعدد المسئولون عن الفعل فإما أن يكون بينهم تضامن فتوجه الدعوي ضدهم جميعا ، أو قبل أي منهم بالتعويض كاملا ، لأن كل منهم يعتبر مسئولا عن الضرر كله . وإما ألا يكون بينهم تضامن لأن كل منهم تسبب في ضرر غير الذي تسبب فيه الآخر ، فتوجه الدعوي لكل واحد بمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي سببه . ويجوز الجمع بينهم كلهم في دعوي واحدة . ويكن بتخصيص مطالبة لكل منهم بتعويض الضرر الذي أحدثه .

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩.

(٢) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ،ج ٢ ١٩٨١ ص ١٢٨١ نبذة ٦١٩.

(٣) أنظر نقض مدنى ١٩٤٥/١٠/٢٦ ، المجموعةج ١ لسنة ٤٧ القاعدة ١٥ ص ١٩٠.

فتكون مطالبة كل منهم كأنها دعوي متميزة . ويجوز لكل منهم إبداء الدفاع الخاص به .وتقضي المحكمة في كل من طلب علي حدة . فقد تقبل البعض وترفض البعض الآخر [١] .

(١) راجع د. سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ٥٨٠.

المطلب الثاني

" موضوع دعوي التعويض "

تمهيد :-

يقصد بموضوع التعويض مدي الإلتزام به ، وتأثير الظروف الملابسة علي مقدارة - عدم مجاوزته الضرر - إتفاقات رفع المسئولية أو التخفيف منها - طرق التعويض - تقادمه . كل هذه موضوعات مجملة تحتاج إلي مزيد من التفصيل سنتولي شرحها كما يلي :-

أ - مدي الإلتزام بالتعويض وسببه :-

إذا توافرت أركان المسئولية كما سبق أن ذكرنا سلفا فإن هناك إلتزام علي عاتق المسئول يجبر الضرر المباشر الذي تسبب فيه . وهذا يتضح من عبارة المادة ١٦٣ مدني " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض ".

ويبدأ في المطالبة بذلك التعويض من وقت وقوع الضرر لأن الحق في التعويض لا ينشأ بمجرد وقوع الخطأ الذي سبب الضرر وإنما ينشأ عند ترتب الضرر علي الخطأ (١) ، فإذا إرتكب شخص

---

(١) أنظر استئناف القاهرة ١٩٥٨/٥/١٨ ، الدعوى ٥٩٦ لسنة ٧٣ ق الدائرة ١٢٥ مدنى .

خطأمن شأنه أن يحدث ضررا لآخر ، فلا يجوز لهذا الأخير المطالبة بتعويض قبل ترتب الضرر . وقد سبق أن أسلفنا أنه يكفي أن يكون الضررقد أصبح محقق الوقوع في المستقبل . فتجوز المطالبة بالتعويض وإقامة الدعوي به من الوقت الذي يحقق فيه الضرر أو أصبح محقق الوقوع في المستقبل ، فإذا توفي المضرور قبل أن يطالب بالتعويض إنتقل حقه إلي ورثته بإعتبار أن هذا الحق نشأ في ذمته من وقت وقوع الضرر أو صيرورته محقق الوقوع . ويطبق القانون المعمول به وقت وقوع الضرر وذلك لأن الحكم بالتعويض حكما مقررا وليس منشئا [1] أما سبب التعويض فهو الفعل الضار ذاته الذي أحدث الضرر المطلوب تعويضه بالواقعة القانونية التي تولد عنها الحق في التعويض موضوع الدعوي ، وذلك بصرف النظر عن تكييف المسئولية المترتبة علي هذا الفعل. وعن النص القانوني الذي تستند اليه الدعوي . إذ أن التكييف القانوني يرد علي الفعل الضار بعد وقوعه . فلا يمكن أن يكون هو السبب في الدعوي . كما أن النص القانوني ليس هو الذي ينشئ الحق في التعويض وإنما ينشأ هذا الحق من واقعة ينزل عليها حكم النص ، فتعتبر الواقعة المنشئة للحق طبقا لنص معين هي سبب الدعوي وليس ذلك النص [2].

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٨٢/١١/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ ، ص ١٠٥٣.
(٢) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ٥٨٠.

ويترتب علي ذلك أن المدعى في دعوي التعويض يكتفي منه بإثبات الفعل الضارفقط ولا يكلف بالتكييف القانوني له . ومما هو جدير بالذكر أن تكييف الدعوي وتعيين النص المنطبق عليه من مسائل القانون التي تملكها المحكمة وحدها دون ما دخل لخصوم الدعوي فيها . وتخضع لنطاق الرقابة القانونية لمحكمة النقض [١] .

ويستطيع المدعي أن يغير تكييفه للواقعة الوارد في صحيفة الدعوي بمذكرة ختامية لطلباته . بل يجوز له هذا التغيير أمام محكمة الإستئناف دون الإعتراض عليه علي أنه تكييف جديد لأول مرة أمام المحكمة الإستئنافية باعتبار أنه إبداء لسبب جديد من غير الأسباب الورادة في المادة ٢٣٢ من قانون المرافعات علي سبيل الإستثناء ، ذلك أن تغيير التكييف القانوني أو النص الذي يستند عليه المدعي لا يعتبر تغييرا في سبب الدعوي ، وإنما لا يعدوا أن يكون سوي وسيلة دفاع جديدة ، وهذا أمر جائز في كل الأحوال . وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك في أحكامها الحديثة نسبيا[٢] ، وقد جاء فيه " أن علي محكمة الموضوع أن تقضي من تلقاء نفسها بالحكم القانوني الصحيح المنطبق علي العلاقة بين طرفي الدعوي وأن تنزله علي الواقعة المطروحة عليها دون إعتداد بالتكييف أو

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٨/٥/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ، ص ١٣٥٩.

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٨١/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ ، ص ١٣٢٨.

الوصف الصحيح الذي يسبغه الخصوم علي تلك العلاقة ، ، ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوي أو موضوعها ، إذ أن كل ما تولد به للمضرور من حق في التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه يعتبرهو المباشر لدعوي التعويض مهما إختلف أسانيدها".

ب - التعويض وتقديره وطرائقه :-

يقصد بالتعويض هنا جبر الضرر ، أي الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الفائت له يوم صدور الحكم يفهم من ذلك أن الضرر المباشر الذي يعوض عنه يتمثل في عنصرين : ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب بدون زيادة أو نقصان ، لأنه حيث يزيد التعويض عن الضرر فان المضرور يكون قد أثري بغير سبب علي حساب المسئول . وهذا أمر لا يجوز ،ويتفرع عن ذلك أي علي عدم جواز زيادة مقدار التعويض عن الضرر عدة نتائج تتلخص فيما يلي :- (١)

اولا : اذا كان الضرر الذي وقع مؤمنا علي وقوعه :

هذه الصورة أكثر شيوعا في الواقع العملي وأهم تطبيقات مبدأ عدم زيادة التعويض عن مقدار الضرر ، ومن ثم يجب التفرقة بين حالتين :-

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣.

١ - إذا كان المسئول هو المؤمن له مثل صاحب السيارة ، فلا يجوز للمضرور مطالبة المسئول بدفع التعويض عن الضرر بجانب التعويض الذي يتقاضاه من شركة التأمين وإلا لحصل علي التعويض مرتين .

٢ - إذا كان المضرور هو المستأمن :- يثور التساؤل هنا ، هل يجوز له الحصول علي التعويض من شركة التأمين ثم تعويض آخر من المسئول ؟ . للإجابة علي هذا التساؤل ينبغي التفرقة بين ما إذا كنا بصدد تأمين علي الأشخاص أم بصدد تأمين علي الأشياء . ففي الحالة الأولي : يجوز الحصول علي التعويض من شركة التأمين وكذلك المسئول . ولا يعتبر ذلك جمع بين تعويضين ، ذلك أن الحصول علي التعويض الأول ناشئ عن عقد التأمين مقابل أقساطه . أما الحصول علي تعويض من الثاني يكون نتيجة للفعل الضار ، أي جزاء للخطأ الذي إرتكبه . وهذا ما أكده المشرع المصري بالنص عليه في عجز المادة ٧٦٥ مدني في التأمين علي الحياة لا يكون للمؤمن الذي دفع مبلغ التأمين حق الحصول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل من تسبب في حادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث أما إذا كنا بصدد التأمين علي الأشياء ، فالقاعدة فيه هي أن المضرور لا يجمع بين مبلغ التأمين والتعويض اللهم إلا إذا كان مبلغ التأمين غير كاف فيرجع علي المسئول بالفرق

. وهذا أورده المشرع في عجز المادة ٧٧١ مدني " يحل المؤمن " شركة التأمين " قانونا بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوي التي تكون للمؤمن له من قبل من تسبب بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسئولية المؤمن " .

ثانيا : عند تعدد المسئولون عن الفعل الضار :-

لقد حسم المشرع هذه المسألة في المادة ١٦٩ مدني تسهيلا للمضرور في الحصول علي حقه ، فأوجب تضامن هؤلاء المسئولون في إلتزامهم بتعويض الضرر . ومن ثم فلا يكون للمضرور سوي الحصول علي تعويض واحد من المسئولين سواء تمت مطالبتهم منفردين أو مجتمعين . ويقدر التعويض [١] ، كما أوجبت المادة ١٧٠ مدني " يقدر القاضي مدي التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مدني مصري مراعيا في ذلك الظروف والملابسات ، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين التعويض ومداه تعينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقديره " . وقد سبق لنا معالجة نص المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ مدني عند الحديث عن المسئولية العقدية ، فالمادة الأولي تتحدث عن عدم إستحقاق

---

(١) راجع للمؤلف رسالة الدكتوراه عام ١٩٨٨ ، التعويض عن ضرر النفس فى المسئولية التقصيرية ص ٢٢١.

التعويض في غير حالة الغش والخطأ الجسيم إلا عن الضرر المتوقع ، بينما تتحدث الثانية عن التعويض عن الضرر الأدبي . وما يثيره النص سالف الذكر أي المادة ١٧٠ مدني حيث لا تكون عناصر الضرر قد إتخذت شكلها النهائي وقت صدور الحكم بالتعويض ، فانه يجوز للقاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في إعادة النظر في تقديره حين تتحدد عناصره نهائيا [١]، لكن الذي يثير اللبس والغموض في النص المذكور هو عبارة " مراعاة الظروف الملابسة " . والمستقر عليه في كتب الفقه أن المقصود بالظروف الملابسة التي يراعيها القاضي هي الظروف التي تلابس المضرور وليس الظروف التي تلابس المسئول . ومن ثم فلا إعتداد بالظروف التي تلابس المسئول ، فان التعويض لا يقدر بحسب جسامة الخطأ . ولا يتأثر بالمركز المالي للمسئول بتعيين حيث يكون المدعي عليه مؤمنا علي مسئوليته أو غير مؤمن ولكن المتتبع لأحكام القضاء يجد أنه يخضع لإعتبارات العدالة فيدخل في إعتباره عند تقدير التعويض حالة المسئول من حيث كونه ثريا أو فقيرا وعما إذا كان مؤمنا علي مسئوليته . ومن حيث كون الخطأ جسيما أم يسيرا . أما الظروف الملابسة للمضرور فيجب الإعتداد بها عند تقديرالتعويض . فالجرح الذي يشوه الوجه للممثل أبلغ ضررا من الجرح الذي يصيب الشخص العادي .وضعف

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥٨٩.

الإبصار الذي يصيب الأستاذ الجامعي غير الضعف الذي يصيب عامل الزراعة . والجرح الذي يصيب مريض السكر يكون أبلغ ضررا من الذي يصيب الشخص العادي السليم ، ولا إعتداد بالظروف الشخصية للمضرور لحالمته العائلية وظروفه الماليه ، فلا أثر لها في تقدير التعويض .

طرق التعويض وتقادمه :-

رسم المشرع أمام القاضي طريقة التعويض فجاء نص المادة ١٧١ مدني " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطا ، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا . ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا . ويقدر التعويض بالنقد علي أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف . وبناء علي طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة الي ما كانت عليه . أو يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك علي سبيل التعويض ".

بإمعان النظر في هذا النص - سالف الذكر - يتضح أن المشرع أفسح أمام القاضي سلطة تقديرية في تعيين التعويض فجعل له الحق في جعله ليس جملة واحدة . بل مقسطا أو في صور إيراد شهوي .. وأجاز له في هذه الأحوال حتي يضمن المضرور إستمرار حقه في الحصول علي التعويض إلزام المسئول بتقديم تأمين . وجاء

نص الفقرة الثانية من ذات المادة وجعل للتعويض نوعان : الأول : هو التعويض العيني ، وهذا يتضح جليا من عبارة " بناء علي طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة الي ما كانت عليه " ونشير إلي أن الأصل في المسئولية التقصيرية هو التعويض بمقابل . وإن التعويض العيني ليس إلا إستثناء . ويقصد بالتعويض العيني إزالة الضرر الناشئ عن الفعل غير المشروع . مثل إلزام المسئول بإصلاح السيارة التالفة ، أو هدم الحائط الذي قصد به منع عن الضوء عن مسكن الجار . وهذه فروض عملية ليست كثيرة الوقوع في الحياة العملية ، بل يجوز للقاضي أيضا ، وبناء علي طلب المضرور في بعض الظروف [1] أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع ، مثل نشر الحكم في الصحف علي نفقة المحكوم عليه ، لتعويض المجني عليه في واقعة القذف والسب عن الضرر الأدبي الذي أصابه . وإن كان هذا التعويض ليس بالمالي ولا هو بالعيني . ولكنه قد يكون أنسب ما توجبه الظروف في بعض الصور . والأصل المقرر في مجال المسئولية التقصيرية أن يكون التعويض بمقابل ، أي في صورة مبلغ من المال علي إختلاف صوره ، فيكون في صورة إيراد مرتب يعطي للعامل المصاب في حادث نظير عدم قدرته عن أداء العمل ، أو يكون التعويض مقسطا . وهنا يجوز كما سبق القول للقاضي إلزام

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥١٩.

المدين بأن يودع مبلغ كاف علي سبيل الضمان للوفاء بالإيراد المحكوم به [١] . ويحيط التعويض بكل الضرر المباشر سواء كان ماديا أو أدبيا حتي ولو كان غير متوقع [٢] ، وبما يشمله من خسارة لحقت بالمضرور أو كسب فاته . وهما عنصرا كل تعويض ، فلا تفرقة في المسئولية التقصيرية بين ضرر متوقع وغير متوقع علي خلاف ما رأينا في المسئولية العقدية ، لا تعويض إلا عن الضرر المتوقع المباشر فقط . ويراعي القاضي الظروف الملابسة - كما سبق - للمضرور دون إعتداد بالظروف التي يكون بها المسئول أو الظروف الشخصية للمضرور .

ويذهب البعض في الفقه [٣] الي أن المضرور له الخيار بين طلب التعويض العيني أو التعويض النقدي . فإذا إختار أحدهما وطالب به أمام محكمة الدرجة الأولي ، فيجوز له أن يعدل عن إختياره وأن يطالب بالثاني أمام محكمة الدرجة الثانية دون أن يعتبر ذلك طلبا جديدا لا يجوز إبداؤه في الإستئناف . وإذا طلب التعويض العيني فالأمر جوازي للمحكمة فلها العدول عنه إذا رأت فيه إرهاق للمدين والحكم بالتعويض النقدي بدلا عنه وتتقيد

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧.

(٢) أنظر مازو ، المسئولية المدنية ، فقرة ٢٣٧.

(٣) راجع د. سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ٥٨٠.

المحكمة بطلبات المضرور المدعي ، فلا يجوز لها الحكم بأكثر من الطلبات وإلا وقع الحكم باطلا لقضائه بأكثر مما يطلبه الخصوم [(١)].

تقادم دعوي التعويض:-

لقد أورد المشرع المصري في المادة ١٧٢ مدني قواعد التقادم الخاص بدعوي المسئولية التقصيرية ، وقد جاء نصها " تسقط بالتقادم دعوي التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بإنقضاء ثلاثة سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه وتسقط هذه الدعوي في كل حال بإنقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . علي أنه إذا كانت هذه الدعوي ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوي الجنائية لم تسقط بعد إنقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة ، فإن دعوي التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوي الجنائية " .

بإمعان النظر في هذا النص - سالف الذكر - نجد أن دعوي التعويض تتقادم بأقصر المدتين ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بوقوع الضرر وبالمسئول عنه ، أو خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع ولو لم يعلم المضرور بوقوعه أو المسئول عنه ، ثم استطرد الحكم في الفقرة الثانية بأنه إذا كانت

---

(١) راجع د/ السنهوري الوسيط ، ج٢ ، عام ١٩٨١ ص ١٣٠٣ ، نبذة ٦٢٣.

الدعوي ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوي الجنائية لم تسقط بعد انقضاء تلك المواعيد ، فإن دعوي التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوي الجنائية . ويفضل البعض هنا القول [١] في الفقه الحديث يفرق بين ما إذا كان الخطأ مدنيا فقط أم أن الخطأ الذي سبب الضرر للمضرور يشمل فوق ذلك الخطأ المدني والجنائي في وقت واحد .

ففي الحالة الأولي : تسقط الدعوي إما بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر بالشخص المسئول عنه . وإما بخمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر أي الأمرين يقع أولا ، ويضرب هناالمثال لإيضاح هذه القواعد الهامة " فإذا وقع الضرر في أول يناير عام ١٩٦١ وعلم به المضرور في هذا التاريخ ولكنه لم يعلم بمحدثه الا في آخر عام ١٩٧٠ . فان مدة الثلاث سنوات تبدأ من اليوم التالي لآخر عام ١٩٧٠ ، إذ أن هذه المدة لا تبدأ إلا بعلم المضرور بأمرين معا : الضرر ومن هو الشخص المسئول عنه . أما إذا لم يعلم المضرور بالمسئول أو علم به في آخر ١٩٧٣ فان دعوي التعويض تتقادم في آخر عام ١٩٧٥ .

وفي الحالة الثانية : لا تسقط دعوي التعويض قبل سقوط الدعوي الجنائية . وقد هدف المشرع من ذلك تحاشي نتيجة شاذة

---

(١) راجع د./ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨.

هي أن تسقط الدعوي المدنية قبل سقوط الدعوي الجنائية فيحكم بالدعوي الجنائية بالإدانة ، ولا يستطيع المضرور أن يرفع دعوي التعويض المدنية للحصول علي حكم به . وقد يحدث في الواقع العملي وهو الأمر الغالب الحدوث أن يدعي المضرور المجني عليه أو ورثته مدنيا بالتعويض المؤقت [١] ، أمام المحكمة الجنائية ويقضي له به . فهذا الحكم بالتعويض المؤقت يقطع التقادم بالنسبة لدعوي التعويض النهائي فتبدأ مدة جديدة من تاريخ صدور الحكم بالتعويض المؤقت نهائيا ويراعي أن هذه المدد هي مدد تقادم وليست مدد سقوط .

إتفاقات رفع المسئولية والتخفيف منها :-

يقصد باتفاقات المسئولية ، الإتفاقات السابقة علي وقوع الخطأ [٢] ، وقد أجمل المشرع هذه الإتفاقات في عجز المادة ٢١٧ مدني " يجوز الإتفاق علي أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ، وكذلك يجوز الإتفاق علي إعفاء المدين من أية

---

(١) " يجب التنوية الى أنه فى حالة الادعاء مدنيا بصفة مؤقتة يجب أن يكون الادعاء بمبلغ ٥٠١ جنيه حتى يتمكن المدعى بالحق المدنى من استئناف الحكم فى حالة القضاء بالبراءة ورفض الدعوى المدنية .

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، اتفاقات المسئولية ، دروس القيت على طلبة الدراسات العليا - جامعة القاهرة ١٩٧٩ ص ٢٢ ، ٢٣

مسئولية تترتب علي عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه . ويقع باطلا كل شرط يقضي يالإعفاء من المسئولية المتوتبة علي العمل غير المشروع . ونستطيع أن نلخص أهم أحكام هذه الاتفاقات علي النحو التالي :-

أولا : أن جواز الإتفاق علي رفع المسئولية العقدية وعدم جوازه بالنسبة للمسئولية التقصيرية هو أمر صحيح وجائز قانونا ويتفق مع قواعد المنطق ، إذ أن الأولي هي وليدة إرادة الأفراد أي ينظمها القواعد المفسرة .

أما الثانية : فتنظمها قواعد أمره ، ولا يجب إنتصار إرادة المجتمع .

ثانيا : أن النص سالف الذكر ورد بلفظ عام مطلق في جميع صوره المسئولية التقصيرية . ومن ثم فلا فرق بين مسئولية عن الفعل الشخصي أم فعل الغير أو عن الأشياء .

ثالثا : إن إتفاقات التخفيف من المسئولية تأخذ حكم الإتفاقات علي الإعفاء من المسئولية ، فالتخفيف ليس سوي إعفاء جزئي . ومن ثم فإن الإتفاق علي التعويض عن الضرر ربما يقع في

المستقبل يبطل في حالة الغش أو الخطأ الجسيم " . فإذا كانت شركة الطيران قد حددت مقدار التعويض الذي يدفع للطيار أو ورثته عند الوفاة في حادث الطيران . فإن هذا الإتفاق إذا ثبت أن حادث الطيران قد وقع بسبب خطأ جسيم من جانب الشركة فلا يسري .

المطلب الثالث

الإختصاص بدعوي التعويض

تمهيد : -

الأصل المقرر قانونا أن المحاكم المدنية علي إختلاف درجاتها تختص بدعوي التعويض حسب النصاب المقرر لها قانونا وفق قواعد قانون المرافعات المدنية ، فهي المحاكم ذات الولاية العامة ، غير أن الفعل غير المشروع قد يكون جريمة وفقا لقانون العقوبات ، فينشأ فوق دعوي التعويض الدعوي الجنائية تحركها النيابة العامة أو المضرور بصفة مباشرة ، ثم تكون الدعوي المدنية تبعية أمام هذا القضاء الجنائي . ونظرا لأهمية هذا الموضوع من حيث الواقع التطبيقي وكثرة وقوعه في الحياة العملية ، سوف نتعرض لكافة الأحكام التفصيلية لقواعد الإختصاص من حيث :- الأصل في قواعد الإختصاص والإستثناء عليها - خيار المضرور بين القضائيين والقيرد التي ترد علي ذلك الخيار - حجية الحكم الجنائي القاضي بالإدانة أو البراءة علي القاضي المدني ، وذلك كل في فرع مستقل كما يلي :-

الفرع الأول

الإختصاص الأصلي والإستثنائي بدعوي التعويض[١]

١ - الإختصاص الأصيل :-

إذا توافرت أركان المسئولية التقصيرية من خطأ وضرر وسببة ، فالأصل أن يحق للمضرور أن يرفع دعوي التعويض عن الفعل الضار الي القضاء المدني ، لأن موضوعها هو جبر الضرر سواء كان عينا أو بتعويض نقدي .

إذ أن الإلتزام بالتعويض يدخل ضمن الالتزامات أو الحقوق المدنية التي ينظمها القانون المدني . إذ عقد الاختصاص بشأنها الي القضاء المدني ، وقد كفل المشرع المصري توزيع الاختصاص النوعي والمحلي لهذا القضاء في الباب الأول منه تحت عنوان (الاختصاص) وذلك في المواد من ٤٢ حتي ٧٢ مرافعات . وإذا رفعت دعوي التعويض أمام محكمة أول درجة فقضت بعدم القبول لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون ، ثم قضت محكمة الاستئناف بالغا هذا الحكم وبقبول الدعوي ، تعين عليها أن تعيد الدعوي الي محكمة الدرجة الأولي لنظر موضوعها ، لأن هذه المحكمة لم تستنفذ بقضائها بعدم القبول ولايتها في نظر الدعوي بموضوعها . ومن ثم لا

---

(١) راجع د. سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٥٨٥.

تملك محكمة الاستئناف التصدي لهذا الموضوع لما يترتب علي ذلك من تقويت إحدي درجات التقاضي علي الخصوم ، فاذا تصدت لموضوع الدعوي ، فإن حكمها يكون مخالفا للقانون وباطلا (١).

٢- الإختصاص الإستئنائي :-

إذا كون الفعل الضار جريمة جنائية ، فلا مناص من إختصاص القضاء الجنائي بذلك الفعل ، فيترتب عليه دعويين : الجنائية تباشرها النيابة العامة ، والمدنيه علي سبيل الإستثناء بالتبعية للدعوي الجنائية . وهذا ما أكد المشرع عليه بالنص في المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية "لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعيا بالحق المدني أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوي الجنائية في أية حالة كانت عليها الدعوي حتي صدور قفل باب المرافعة طبقا للمادة ٢٧٥ . ولا يقبل منه ذلك أمام المحكمة الإستئنافية " .

ونظر الدعويين معا من حيث الموضوع والخصوم والسبب مع احتفاظ كل منهما باستقلاله وأركانه . وتخضع الدعوى العمومية من حيث الموضوع والاجراءات لقانون الاجراءات الجنائية والعقوبات .

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٩/٣/١٣ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ٧٨٣ ، قاعدة ١٤٣.

أما الدعوى المدنية التبعية تخضع فى موضوعها للقانون المدنى . ومن حيث الاجراءات لقانون الاجراءات الجنائية واذا لم يوجد نص يرجع الى قواعد قانون المرافعات .

وهذه الدعوى المدنية قد يباشرها المضرور بالتبعية للدعوى الجنائية اذا كانت النيابة العامة قد حركتها بالفعل أو يحركها المضرور بطريق الادعاء المباشر فى مواد الجنح والمخالفات طبقا للمادة ١/٢٣٢ اجراءات جنائية .

وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عنه ناشئ مباشرة عن الجريمة . ويعتبر الضرر ناشئا عن الجريمة . كما ذهبت محكمة النقض المصرية [١] اذا كان نتيجة مباشرة لتنفيذها أو وقوعها [٢] وقد اختلف الفقه حول المقصود بهذه الصلة المباشرة بين الضرر المطلوب التعويض عنه فى الدعوى المدنية بطريق التبعية أو الادعاء المباشر أما المحكمة الجنائية وبين الجريمة المرفوع عنها الدعوى العمومية . فذهب البعض [٣] الى أنها ذات علاقة السببية المباشرة الواجب توافرها فى المسئولية المدنية

---

(١) أنظر نقض جنائى ١٩٤٥/١٢/١٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ ص ٢٨ . وراجع د/ محمود مصطفى، الاجراءات الجنائية ، ط٦ ص ١٣٣.

(٢) راجع د/ محمود نجيب حسنى علاقة السببية فى القانون الجنائى عام ١٩٥٥ ،ص١٨٣.

(٣) راجع د/ عبدالودود يحى ، ص ٤٢٥.

عموما بين الخطأ الذى وقع من مرتكب الفعل الضار وبين الضرر الذى أصابه المضرور ، غير أن غالبية أحكام المحاكم والشراح يذهبون الى أن المقصود به [١] الصلة بين الضرر والجريمة أوثق من مجرد السببية المطلوبة بين الخطأ والضرر لتحقق المسئولية المدنية أمام المحاكم المدنية .

ويذهب أستاذنا المرحوم الدكتور / رؤوف عبيد فى مؤلفه السببيه فى القانون الجنائى دراسة تحليلية مقارنة ١٩٧٩ الى أن " ولاية المحاكم الجنائية فيما يتعلق بالحكم بالتعويضات المدنية استثنائية ينبغى أن تفسر في أضيق الحدود ، أى فيما ينشأ عن تنفيذ الجريمة أو وقوعها بطريقة مباشرة فحسب . لا ما نشأ عن ظروف أخرى ولو كانت متصلة بالجريمة " . وربما يكون فى اشتراط السببية على هذا النحو بين الضرر والجريمة ، مما قد يوهم خطأ بأن المتهم غير مطالب الا بالتعويض للنتائج المباشرة لجريمة فحسب ، وهذا غير صحيح ، اذ طبقا للمستقر عليه قضاء أن الجانى يعد مسئولا عن الوجهتين الجنائية والمدنية معا عن النتائج المألوفة التي تتفق والسير العادى للأمور . ولو لم تكن تلك النتائج متصلة اتصالا مباشرا بالجريمة .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، ص ٣١٨.

ويذهب أستاذنا الفاضل الدكتور / سليمان مرقص[١]، أنه ينبغى عدم الخلط ومراعاة أن السببية المباشرة شرط لازم لرفع الدعوي المدنية أمام القضاء الجنائى بالتبعية للدعوى الجنائية ، حين تكفى السببية المناسبة أو الملائمة فيما عدا هذا النطاق ، وبعبارة أخرى أن قاعدة استلزام السببية المباشرة بين الجريمة والضرر المدنى المطلوب التعويض عنه أمام المحاكم الجنائية استلزام يحدد نطاق اختصاص القاضى الجنائى بالدعوى المدنية ، لا نطاق المسئولية المدنية فى ذاتها . ولا حتى نطاق المسئولية الجنائية التي تتطلب بدورها توافر سببية مباشرة بين السلوك الجنائى المسند الى الجانى ومن النتيجة النهائية " .

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ فى أحد أحكامها[٢] " أن الأصل أن ولاية المحاكم الجنائية بالنسبة الى الحكم بالتعويضات المدنية على ولاية استثنائية تقتصر على تعويض الضرر المباشر الناشئ عن الفعل المكون للجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية ولا تتعداها الى الأفعال الأخرى غير المحمولة على الجريمة ولو كانت متصلة بها أى بالواقعة التي تجرى المحاكمة عليها لانتفاء علة التبعية التي تربط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية .

---

(١) راجع د. سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٥٩٦.

(٢) أنظر نقض جنائى ١٩٩٥/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض الجنائى ، ص ٨١٠ السنة ١٠

الفرع الثانى

خيار المضرور بين القضائين المدنى والجنائى

حق المضرور فى الخيار :

لما كان للمضرور حق الخيار فى تسيير دعواه أمام القضاء المدنى أصلا أو بالادعاء المباشر قبل المضرور أمام القضاء الجنائى ، وكل ذلك مشروط بتوافر شروط الخيار أو بثبوت قيام الجريمة الجنائية وثبوت نسبها الى الفاعل وثبوت الضرر منها بصفة مباشرة ، غير أن هذا الحق يزول بانقضاء الدعوى الجنائية بصدور حكم فيها أو بالتقادم أو صدور عفو شامل عنها . أو بانقضاء الدعوى المدنية والحق فى التعويض سواء كان انقضاء الحق بالوفاء بالتعويض أو بالتصالح فيه أو النزول عنه أو بالتقادم ، كما يزول بصدور حكم نهائى فى شأن طلب التعويض سواء تمت الاجابة لهذا الطلب بالزام المسئول بالتعويض المطلوب أو رفضه . ولا مجال لاعمال حق الخيار فى حالة عدم اختصاص القضاء الجنائى الاستثنائى مثل محاكم أمن الدوله طوارئ والمحاكم العسكرية ومحاكم الأحداث . اذ لا يجوز الادعاء مدنيا أمام هذه المحاكم فلا يكون أمام المضرور سوى اللجوء الى القضاء المدنى . ولكن حق المضرور فى الخيار اذا توافرت

شروطه ليس طليقا من كل قيد ، بل ترد عليه بعض القيود . منها قيود تتعلق بسبب تبعية الدعوى المدنية للدعوي الجنائية . ومنها قيود تتعلق بسبب الارتباط بين الدعويين . وسوف نذكر هذه القيود على التفصيل التالى :

أ - قيود تتعلق بتبعية الدعوى المدنية للجنائية :

لما كان المشرع المصرى أجاز على سبيل الاستثناء اقامة الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجنائية سواء كانت قد أقيمت من النيابة العامة أو من المضرور بصفة مباشرة ، أو الادعاء الفرعى أمام محكمة المواد الجنائية ، فإنه يترتب على هذه التبعية عدة نتائج نوجزها فيما يلى :

أولا : أنه لا وجه لقيود الدعوي المدنية التبعية أمام القضاء الجنائى إلا عن جريمة نشأت عنها ضرر ، فاذا كانت الجريمة لم تقع بعد ، فلا قيام اذن للدعوى الجنائية ، ومن ثم لا قبول للدعوى المدنية ، وكذلك الحال اذا كانت الجريمة قد وقعت ونشأت بسببها الدعوى الجنائية ولكن هذه الدعوى انقضت قبل تحريكها أو بعد تحريكها سواء كان انقضاؤها بوفاة المتهم أو بصدور عفو شامل أو بالتقادم أو بالغاء الجريمة بقانون جديد ، أو بصدور أمر بعدم وجود

وجه لاقامة الدعوى الجنائية قبل المتهم فلا تقبل الدعوي المدنية بعد انقضاء الدعوى العمومية [(١)] .

أما إذا تم انقضاء الدعوى الجنائية بعد أن رفعت الدعوى المدنية الى المحكمة الجنائية بطريق التبعية لتلك الدعوى ، فان انقضائها لا يؤثر فى سير الدعوى المدنية المرفوعة معها . وذلك استثناء من آثار قاعدة التبعية بين الدعويين الجنائية والمدنية بنص خاص هو المادة ٢/٢٥٩ اجراءات جنائية [(٢)]. ولا يكفى مجرد رفع الدعوى الجنائية الى المحكمة . بل لابد أن تكون هذه المحكمة مختصة وأن تكون الدعوى المدنية مقبوله أمامها . والا فان قضاء المحكمة الجنائية بعدم اختصاصها بالدعوى الجنائية أو بعدم قبولها ، تجعل هذه الدعوى غير قائمة أمامها قياما صحيحا ويمتنع رفع الدعوى المدنية اليها بطريق التبعية . وان رفعت حكم بعدم القبول لهذه ولا يجد المضرور أمامه سوى اللجوء الى القضاء المدنى.

ثانيا : استمرار التلازم بين الدعويين الجنائية والمدنية حتى الفصل فيهما بحكم واحد معا . فلا يجوز للمحكمة الجنائية أن تفصل فى الدعوي الجنائية وترجئ الفصل فى الدعوي المدنية الى

---

(١) راجع د/ محمود مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، ص ١٤٦ ، نبذة ١٣٥.
(٢) أنظر نقض جنائى ١٩٥٠/١/٣٠ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢ ، ص ٣٧٩.

جلسة تالية . اذ فى هذه الحالة تزول ولايتها للفصل فيها ، وذلك واضح من النص الوارد فى المادة ٣٠٩ اجراءات جنائية وكل حكم يصدر فى موضوع الدعوى الجنائية يجب أن يفصل فى التعويضات التي يطلبها المدعى بالحقوق المدنية على المتهم . ولكن اذا وجد القاضى الجنائى أن الدعوى المدنية تستوجب تحقيقا أكثر ويترتب على ذلك تعطيل الفصل في الدعوى الجنائية فعلى المحكمة أن تقضى باحالة الدعوى المدنية للمحكمة المختصة . باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل .

ثالثا : لا يجوز للمحكمة الجنائية الفصل فى الدعوى المدنية التبعية وتؤجل الفصل فى الدعوى الجنائية لأن ولايتها للفصل فى الدعوى المدنية منبثق عن الاختصاص الجنائى ، فلا يجوز للمحكمة الجنائية أن تحكم فى الدعوى المدنية الا تبعا لحكمها فى الدعوى العمومية لنفس العلة التي خول لها من أجلها الاختصاص الاستثنائى. وهذه القواعد المتعلقة بالاختصاص تتعلق بالنظام العام ومخالفتها يوجب البطلان ويجوز التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى حتى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ، وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ولو بغير طلب (١).

---

(١) راجع د/ محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ١٤٨ نبذه ١٣٦.

ب - قيود تتعلق بسبب ارتباط الدعويين معا :

يتأتى الارتباط بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية من الواقع المشترك بينهما وهو الفعل الضار ، إذ هو السبب المشترك لكلتا الدعويين . ولما كان القاضى الجنائى له سلطات فى الاثبات أوسع نطاقا من القاضى المدنى ، فله حرية تكوين عقيدته حسبما يهتدى اليه الوجدان ومما يستقر فى عقيدته ودائرة الاقتناع الشخصى ، على خلاف الدور السلبى للقاضى المدنى اذ أنه مقيد بمبدأ الإثبات المقيد .

من هنا كان لابد من اضفاء حجية كاملة للقاضى الجنائى على القاضى المدنى ، وقد وضع المشرع عدة نظم تنظم هذه الحجية منها قاعدة " أن الجانى يوقف المدنى ".

وقاعدة الحكم الجنائى يقيد القاضى المدنى ، وقاعدة اللجوء الى القضاء المدنى يسد فى وجه المضرور طريق القضاء الجنائى ، وسوف نعرض لبعض هذه القواعد كما يلى :

١ - قاعدة الجنائى يوقف المدنى :

مقتضى هذه القاعدة " أن توقف الدعوي المدنية المرفوعة الى المحاكم المدنية حتى صدور الحكم النهائى فى الدعوى العمومية

التي حركت قبل رفع الدعوي المدنية أو فى أثناء نظرها ، والحكمة من ذلك منع احتمال تعارض الحكم المدنى مع الحكم الجنائى ، أو فى عبارة أشمل " ضرورة تقيد القاضى المدنى تحكم القضاء الجنائى فيما يتعلق بالواقعة الواحدة التي تنشأ منها دعوى جنائية ودعوى مدنية . وهذا الوقف يتعلق بالنظام العام ، فيجب أن تحكم به المحكمة المدنية دون دفع من الخصوم والا كان حكمها عرضه للبطلان . وهنا يجوز للمدعى عليه التمسك بالبطلان فى أية حالة كانت عليها الدعوى حتى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض . ويشترط فى تطبيق هذه القاعدة أن تكون الدعوى الجنائية قد تم تحريكها قبل أن يفصل نهائيا فى الدعوى المدنية لأنه لو فصل نهائيا فى هذه الأخيرة قبل تحريك الدعوى الجنائية ، فيكون الحكم الصادر فى الدعوى المدنية قد تحصن . وانقضت به الدعوى المدنية ، فلا يبقى ثمة محل لوقفها ، ولا يشترط فى تحريك الدعوي الجنائية أن تكون النيابة العامة قد أحالت المتهم الى المحاكمة أو اتخذت قرارات بذلك ، بل يكفى فيه تقديم المجنى عليه شكوى لسلطات التحقيق مقترنة بطلب اقامة نفسه مدعيا مدنيا بذلك بشرط ثبوت جدية الشكوى ، ومن باب أولى ولوج المضرور لطريق الادعاء المباشر فى المادة ١/٢٣٢ اجراءات جنائية .

ويطبق القضاء الفرنسى شرطا آخر الى ذلك هو أن يكون بين الدعويين عنصرا مشتركا ، لا تستطيع المحكمة المدنية الفصل فيه بغير أن تثبت وقوع الجريمة الجنائية التي هى مصدر الدعويين ، وبالتالى بدون أن تتعرض لاحتمال مناقضة حكمها لحكم المحكمة الجنائية .

٢ - قاعدة الجنائى يقيد القاضى المدنى :

أشارت الى تلك القاعدة ، المادة ١٠٢ اثبات ، والمادة ٤٥٦ اجراءات جنائية ، فقد جاء نصها الأولى ، لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى الا فى الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله ضروريا " . ثم جاء نص الثانية ، يكون للحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الادانة قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم المدنية فى الدعاوى التي لم يكن فصل نهائيا فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانونى ونسبتها الى فاعلها ".

تلك هي القاعدة العامة ، ونظرا لأهمية هذه القاعدة فى المجال العلمى تحت ما يسمى بحجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى ،

---

(١)أنظر نقض مدنى فرنسى ١٩٧٥/٥/٢٧ ، دالوز ١٩٧٥ ، ص ٢١٣.

فاننا سوف نفصل شروط هذه الحجية ، ومجال اعمالها فى حالة الحكم بالادانة ثم فى حالة الحكم بالبراءة كما يلى :

شروط حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى :

يشترط لكى يحوز الحكم الجنائى فيما قضى به أمام القضاء المدنى من حجية مطلقة الشروط الآتية :

أولا : أن يتضمن الحكم الجنائى تحقيق الفعل الذى يكون الأساس المشترك لكلتا الدعويين الجنائية والمدنية .

وهذا الشرط هو الذى يعرف " بوحدة المسألة " . وتعتبر وحدة المسألة متوافرة كلما كان يخشى أن يناقص القاضى المدنى اذا لم يتقيد بالحكم الجنائى ما قضى به هذا الحكم الأخير فيما يتعلق بالواقعة الأساسية التي كانت موضوع الدعوى العمومية [١]. أما إذا اختلف أساس الدعويين ، كما لو كان أساس المسئولية الجنائية خطأ واجب الاثبات . وأساس المسئولية المدنية خطأ مفترض بنص القانون كما هو الحال فى المادة ١٧٨ مدنى . فلا يكون لحكم البراءة حجية أمام المحكمة المدنية عند نظرها دعوي التعويض ، وقد قضت محكمة النقض [٢]فى حكم حديث نسبيا لها " أنه اذا قضت المحكمة

---

(١) راجع د. سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٦١٥.
(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٧٨/٧/٦ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ، ص ١٤٠٦.

الجنائية ببراءة الطاعنة ورفض الدعوي المدنية قبلها استنادا الى انتفاء الخطأ الشخصى فى جانبها ، فان ذلك لا يحول دون مطالبتها أمام المحكمة المدنية باعتبارها مسئولة عن الضرر الذى أحثه تابعها بعمله غير المشروع طبقا للمادة ١٧٤ مدنى لاختلاف السبب في كل من الطلبين ".

ثانيا : أن يتضمن الحكم الجنائى أيضا فى فصله فى الدعوى العمومية ما يكون لازما وضروريا للفصل فيها ، ويعتبر ما فصل فيه الحكم الجنائى لازما وضروريا للفصل فى الدعوي العمومية كلما تناول أو نفى تلك الواقعة الأساسية ووصفها القانوني وادانته المتهم بارتكابها أو عدمها . ويلزم لذلك تقديم صورة رسمية من هذا الحكم الى القاضى المدنى حتي يتحقق من توافر الشروط اللازمة لحجيته أمامه . وخصوصا أن ما قرره هذا الحكم كان لازما وضروريا للفصل فى موضوع الاتهام محل الدعوي العمومية ، كما يجب أن يكون الحكم الجنائى قد قضى على سبيل الجزم واليقين فى تلك المسألة .

ثالثا : أن يكون الحكم الجنائى باتا وسابقا علي الحكم المدنى المراد تقييده به .

يقصد بكون الحكم باتا أن يكون قد استنفذ طرق الطعن عليه

بالطرق العادية وغير العادية أى لم يطعن عليه بالنقض ، وأما كون الحكم الجنائى سابقا على الحكم المدنى ، فهذا أمر منطقى لأنه اذا كان لاحقا له فان الحكم المدنى تكون له أيضا حجيته . ولا يتعين اهدار المراكز القانونية المستقرة فى كلتا الحالتين .

وقد استقر قضاء محكمة النقض [١]"على أن الحكم الجنائى الذى تتقيد به المحكمة المدنية هو الحكم البات الذى يستنفذ طرق الطعن عليه بالاستئناف والنقض . فان أعتد الحكم المطعون فيه بالحكم الصادر فى الجنحة رقم ٢٢١١ لسنة ١٩٨١ جنح مستأنف شمال القاهرة فى شأن ثبوت العلاقة الايجارية للمطعون ضده عن عين النزاع ، ورتب على هذه قضاءه بتمكين الأخير من هذه العين ، رغم عدم صيرورة الحكم الجنائى باتا بالطعن عليه بالنقض ، فانه يكون معيبا لمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه ".

٣ - نطاق الحجية فى أحكام الادانة والبراءة:

أ - الحكم الجنائى الصادر بالادانة :

اذا فصلت المحكمة الجنائية فى الدعوى العمومية وقطعت بأن

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٨٥/٥/١٥ الطعن ١٥٧، ٧٨٤ لسنة ٥٤ ق مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٦٢٢.

الفعل المسند الى المتهم قد وقع منه ، وأنه يكون الجريمة المسندة اليه . فلا يكون للمحكمة المدنية اعادة البحث فى هذه المسائل التي تم حسمها بحجية الحكم الجنائى ، ولنسوق هذه الأحكام العملية في قضاء محكمة النقض [١]. أنه اذا كان الثابت من الحكم الصادر فى الدعوي الجنائيه أنها رفعت على حارس المزلقان بتهمتى القتل الخطأ والتسبب فى حصول حادث القطار . وقضت المحكمة الجنائية بأدانة حارس المزلقان وأصبح الحكم الجنائي انتهائيا بتأييده .

ولما كان الفعل غير المشروع الذى رفعت به الدعوي الجنائية هو بذاته الذى نشأ عنه اتلاف السيارة ، والذى يستند اليه الطاعن في دعواه الراهنة . فان الحكم الجنائى ، وقد قضى بأدانة حارس المزلقان لثبوت الخطأ فى جانبه يكون قد فصل فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية . وفى الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته اليه . فيجوز فى هذا الشأن أى بخصوص المسألة المشتركة حجية الشئ المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية وتتقيد به هذه المحكمة ويمتنع عليها أن تخالفه أو تعيد بحثه ".

---

(١) راجع نقض جنائى ١٩/٥/١٩٦٩ الطعن ١٤٥ ، مجموعة أحكام النقض ص ٧١٩.

وقضت أيضا في حكم آخر لها [١]. " أن الحكم الجنائى بأدانة متهم لارتكابه جريمة تبديد سندات له حجيته فى اثبات سبق وجود هذه السندات وفقدها لسبب لايد للدائنين فيه ٠ ولم كانت الدعوى المدنية مرفوعة على المسئول عن الحقوق المدنية الذى لم يكن خصما فى الدعوى الجنائية ، لأن الحكم الذى قضى بثبوت وقوع الفعل من المتهم هو الأساس المشترك للدعويين المدنية والجنائية ، ولأن اثبات وقوعه من المتهم مع وصفه القانونى من حيث التجريم كان لازما وضروريا للفصل فى الدعوي العمومية ، فيجوز قضاء الحكم الجنائى بذلك حجية مطلقة قبل الكافة ، ويتقيد به القاضى المدنى ، حتى فى الدعوى الموجهة الى المسئول مدنيا الذى لم يختصم فى الدعوى الجنائية [٢].

أما اذا تناول الحكم الجنائى توزيع المسئولية بين المتهم والمجنى عليه ، فان ذلك لا يحوز حجية الحكم الجنائى قبل الكافة ، ولا يمنع القاضى المدنى من اشتراك أشخاص آخرين فى المسئولية المدنية عند نظرها أمامه وذلك لأن ما قرره الحكم الجنائى من توزيع المسئولية بين المتهم والمجنى عليه ، لم يكن ضروريا ولازما للفصل

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٩١/٢/١٥ ، مجلة نادى القضاة النصلية عام ١٩٩١ م.
(٢) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٦١٩.

فى الدعوي العمومية بادانة المتهم .

ب - الحكم الجنائى الصادر بالبراءة :

الحكم بالبراءة الصادر فى الدعوى الجنائية لا يحوز قوة الأمر المقضى الا بالنسبة الى الجريمة التي رفعت بها هذه الدعوى ، مما يكون قد ورد فى أوراق الدعوى ذكره أو توافرت أركانه . فلا يمنع الحكم المذكور من إقامة الدعوى العمومية بالنسبة الى تلك الوقائع الأخرى التي لم ترفع بها الدعوى الأولى . ومن باب أولى لا يمنع من اقامة دعوي مدنية على أساس الوقائع الأخرى التي يتناولها حكم البراءة . أما حكم البراءة الصادر فى شأن الجريمة فقد استقر الفقه على التمييز بين أحوال ثلاثة (١) ، (٢)هى :

أولا : اذا فصل الحكم الجنائى بأن الواقعة المسندة الى المتهم لم تقع أصلا أو أنها لم تقع من المتهم بالذات ، أو بأنه لم يترتب عليها ضرر فى الحالات التي يكون فيها الضرر ركنا فى الجريمة الجنائية ، أو بأنه لا توجد صلة أى سببيه بين الخطأ والضرر كان الحكم الجنائى حائزا لحجية الشئ المحكوم فيه أما المحكمة المدنية

---

(١) راجع للمؤلف رسالة الدكتوراه عام ١٩٨٨ جامعة القاهرة ص ٢٢٦.
(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٧٨/٤/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ، ص ١٠٤٩.

فيما لم تفصل فيه . ولكن يشترط أن يكون الحكم الجنائى قد فصل فى هذه المسائل فصلا ضروريا ولازما وهذا ماعبر عنه المشرع فى عجز المادة ٤٥٦ اجراءات كما سبق القول ، ومثل ذلك " اذا قضى الحكم الجنائى ببراءة مالك العقار الذى كان متهما بأنه مع علمه بوجود خلل فى البلوك لم يبرمه ، وتسبب بذلك في اصابة أحد السكان . وكان سبب البراءة هو عدم وقوع خطأ من جانبه . اذ هو كان قد قام اصلاح البلكون بالفعل ، فان ذلك الحكم يمنع القاضى المدنى من الاستماع الى الادعاء بوقوع خطأ ، اذ أن الحكم الجنائى قد فصل فى انتفاء الفعل .

وعلى العكس مما تقدم [١]،اذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة المتهم يوصف أنه خرج على خط التنظيم ، لأن الأرض التي أقيم عليها البناء فيها ليست من المنافع العامة ، فان حكمها لا يمنع المحكمة المدنية من الفصل فى ملكية هذه الأرض أو لغيره ، ولو كان الحكم قد تعرض لذلك " ويبرر الفقه ذلك أن ذلك لم يكن لازما الفصل في الدعوى العمومية [٢]، وكذلك الحال اذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة المتهم من تهمة هدم سور لانعدام القصد الجنائى ،

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٨/٤/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٩ ص ٤٩.
(٢) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق ص ٦٢١.

فان حكمها لا يحوز حجية الأمر المقضى أمام المحكمة المدنية بالنسبة الى ملكية هذا السور .

ثانيا : اذا بنى حكم البراءة على أساس أن الفعل غير المشروع لا يكون جريمة جنائية فهنا نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : أن تكون الجريمة المسندة الى المتهم من الجرائم العمدية ، وهنا لا يمنع نفى القصد الجنائى عند المتهم نفى وقوع الخطأ غير المتعمد منه كاهمال أو عدم احتياط ، ويجوز للمحكمة المدنية أن تقضى بالتعويض على أساس خطأ غير متعمد . وقضت محكمة النقض المصرية تأييد لذلك [1]. أن الحكم الجنائى الصادر بالبراءة فاذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون سواء كان ذلك لانتفاء القصد الجنائى أو لسبب آخر فانه لا تكون له حجية الشئ المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية ، وبالتالى فانه لايمنع تلك المحكمة من البحث فيما اذا كان هذا الفعل مع تجرده من صفة الجريمة قد نشأ عنه ضرر يصح أن يكون أساسا للتعويض .

والحالة الثانية : أن تكون الجريمة من جرائم الاهمال

يقصد بجرائم الاهمال جرائم القتل الخطأ والاصابة الخطأ

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٤/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ، ص ٧٧٩.

الواردة فى المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ ، من قانون العقوبات المصرى .
وقد انقسم الرأى بشأن جرايم الاهمال بين جهات القضاء والفقه ، فذهبت أحكام القضاء[١] الى أن الحكم الجنائى الصادر فى هذه الجرائم يكون له حجية بنفى الخطأ أمام القضاء المدنى . وأسس هذا الاتجاه رأيه على أن جميع صور الخطأ فى هذه الجرائم تستغرق الخطأ الجنائى المدنى ، ومن ثم فلا محل للبحث بنفى الخطأ المدنى بعد انتفاء الخطأ الجنائى . أما غالبية الفقه [٢]. يرى أن الخطأ الجنائى يختلف عن الخطأ المدنى فى جرائم الاهمال ، ولم يكن هناك تناقض بين الحكم بالتعويض والقضاء بالبراءة . ولم يعترف للحكم الجنائى بأية حجية أمام المحاكم المدنية فيما يتعلق بنفى الخطأ .
وقد انصاع المشرع المصرى لرأى الفقه فجاء النص على ذلك فى المادة ٤٥٦ اجراءات جنائية ؛ لا يكون لأحكام البراءة قوة الشئ المحكوم به اذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون " وقضت محكمة النقض المصرية بتأييدها لهذا المبدأ [٣]. " أن الحكم الجنائى الصادر بالبراءة اذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه

---

(١) أنظر نقض مدني ١٩٣٩/١٢/١٤ مجموعة القواعد القانونية السنة ٢٠ ص ٧٦١.
(٢) راجع د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٦٢٣ عرض آراء الفقه فى تكييف الفعل الضار ١٨٧.
(٣) أنظر نقض مدنى ١٩٨٣/١١/١٠ ، الطعن ٥٨٩ السنة ٥٠ ص ١٢١٢.

القانون سواء كان ذلك لانتفاء القصد الجنائى أو لسبب آخر فانه طبقا لنص المادة ٤٥٦ اجراءات جنائية لا تكون له قوة الشئ المحكوم به أمام المحاكم المدنية ، وبالتالى فانه لا يمنع تلك المحاكم من البحث فيما اذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة قد ينشأ عنه ضرر يصح أن يكون أساسا للتعويض أم لا " .

ثالثاً : اذا بنى الحكم الجنائى على الشك فى مسئولية المتهم أو عدم كفاية الأدلة " فذهب البعض الى أن هذا الحكم يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث الموضوع ، لأن الحكم الجنائى قد فصل بيقين وله السلطة الواقعية ومبدأ الحرية فى الاثبات فى عدم اثبات مسئولية المتهم . فلا سماح للمحكمة المدنية ذات السلطة المحدودة أن تقول كلمتها مرة أخري بصدد اثبات هذه المسئولية . ويذهب البعض الى أعمق من ذلك [1]أنه لو سمح للمحكمة المدنية بقبول أدلة أخري والحكم بالتعويض إن رأت أن الأدلة أصبحت كافية ، فان هذا يؤدي الي إمكان إثبات جريمة دون سبيل إلي محاكمة فاعلها لسبق الحكم بالبراءة من المحكمة الجنائية .

ونص المادة ٤٥٧ إجراءات حاسم لتلك المسألة . ومن ثم لايجوز للمحكمة المدنية أن تنظر في إثبات الفعل الصادر المكون

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ص ٢٦٦ ، د. السنهوري ص ٩٨١.

للجريمة الجنائية ، بعد أن تكون للمحكمة الجنائية قد برأت المتهم لعدم كفاية الدليل علي وقوع هذا الفعل منه . وتطبيقا لذلك حكم[١] بأن تبرئة متهم من جريمة تزوير مستند ، لعدم كفاية الأدلة لا تجيز الإدعاء أمام المحكمة المدنية بتزوير ذلك المستند ، وطلب رده وبطلانه ، غير أن هذه الحجية للحكم الجنائي أمام القضاء المدني تقتصر علي الحكم الصادر بالإدانة أو البراءة . وما هو متصل بهذا المنطوق من الأسباب إتصالا حتميا ، بحيث لا تقوم له قائمة إلا به .

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٦٣/٥/٢٣ ، مجموعة زحكام النقض السنة ١٤ ص ٧١٥.

الفصل الثالث

المسئولية عن فعل الغير

تمهيد :-

يكون الشخص مسئولا عن فعل أو عمل الغير في حالتين هما:

الأولي : حالة من تجب عليه رقابة شخص آخر في حاجة الي الرقابة أي مسئولية المكلف بالرقابة عمن هم في رقابته . وقد عالج المشرع المصري هذه الصورة في عجز المادة ١٧٣ مدني[1] مصري .

والثانية : هي حالة المتبوع . ويكون مسئولا عن أفعال التابع غير المشروعة التي يرتكبها أثناء تأدية أعمال وظيفته أو بسببها . وعالج المشرع أيضا هذه الصورة في المادة ١٧٤ مدني مصري - ومن ثم تأتي خطة البحث في هذا الفصل منقسمة إلي مبحثين :-

يتناول الأول : مسئولية مسئولي الرقابة . والثاني يتناول : مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة .

المبحث الأول

مسئولية متولي الرقابة

مضمون هذه المسئولية :-

تفترض هذه المسئولية ، أن شخصا يتولي بموجب إلتزام قانوني أو بمقتضي إتفاق رقابة شخص في حاجة الي هذه الرقابة بسبب صغر السن أو المرض ، وأن هذا الأخير قد صدر منه فعلا أضر بالغير في هذه الحالة يلتزم متولي الرقابة بالتعويض للمضرور . هذه هي الأحكام المجملة لتلك المسئولية ، ولكنها تحتاج الي مزيد من التفاصيل حول النص التشريعي لها - وأساسها القانوني وشروط قيامها . ثم دفع هذه المسئولية " إنتفائها " . وسوف نتولي شرح ذلك كما يلي :-(١)

أولا : النص التشريعي :-

جاء نص المادة ١٧٣ مدني كما يلي : - " كل من : يجب عليه قانونا أو إتفاقا رقابة شخص في حاجة الي الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسيمة يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع العمل الضار غير المميز . ويعتبر القاصر في حاجة الي الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها

وكان في كنف القائم علي ترتيبه .

وتنتقل الرقابة علي القاصر إلي معلمه في المدرسة أو المشرف علي الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة علي الزوجة القاصر الي زوجها أو إلي من يتولي الرقابة علي الزوج ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

الأساس القانوني للمسئولية وكيفية دفع المسئولية :-

إن مسئولية متولي الرقابة ليست تبعية [1] ، وإنما هي مسئولية أصلية ، أي أنه يسأل عن خطئه هو ، وليس عن خطأ الغير ، ويكاد ينعقد الإجماع في الفقه علي ذلك ، فأما عن خطأ المكلف بالرقابة فهو التقصير في القيام بالواجب الملقي علي عاتقه بصورة تؤدي الي حدوث الفعل الضار من المشمول بالرقابة . وهذا يتفق مع المعيار العام للخطأ الشخصي الذي هو إنحراف عن مسلك الرجل المعتاد إذا وجد في نفس الظروف التي يوجد فيها الشخص المسئول . وقد أولي المشرع المصري المضرور رعاية بإفتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة بمجرد وقوع الفعل الضار ، أي أنه يفترض

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٣٠٦.

تقصير المشرف علي الرقابة . ولكن هذه القرينة للخطأ المفترضة تقبل إثبات العكس من جانب متولي الرقابة ، إذ أجاز المشرع في الفقرة الثالثة من ذات النص - سالف الذكر " المادة ٣/١٧٣ مدني مصري " إثبات أنه أوفي تماما بواجب الرقابة أو إثبات أن الضرر كان لا محالة واقعا حتي ولو أوفي بهذا الواجب علي أكمل وجه .

ومن زاوية أخري يستطيع متولي الرقابة أن يقطع رابطة السببية بين الضرر وفعل الخاضع للرقابة . وكون ذلك بإقامة الدليل[١] علي أن الضرر كان واقعا ولو قام بذلك الواجب بما ينبغي من عناية وحرص ، ويتحقق ذلك إذا أثبت متولي الرقابة أن الخطأ الواقع من الخاضع للرقابة لا علاقة بينه وبين الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة ، أو أن وقوعه كان بسبب أجنبي وأنه كان سيقع حتما ، وما كانت لتحول دون وقوعه أي إحتياطات من متولي الرقابة . وبذلك تنقضي مسئولية متولي الرقابة .

شروط قيام هذه المسئولية :-

يتضح من سياق النص المشار اليه سلفا أنه يجب توافر شرطان لقيام هذه المسئولية . وسوف نعرض لها كما يلي :-

أولا : أن يتولي شخص الرقابة علي شخص آخر .

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ٣٧٠.

ثانيا : صدور فعل غير مشروع من المشمول بالرقابة .

اولا : تولي شخص الرقابة علي آخر :-

أ- تولي الرقابة :-

يشترط أن يكون هناك إلتزام علي عاتق شخص يتولي الرقابة والإشراف علي شخص آخر . وهذا قد يجد مصدره في نص القانون ، كما هو الحال في إلتزام الأب بالرقابة علي ولده . ولكن ليس هذا هو المصدر الوحيد ، بل قد يجد هذا الإلتزام مصدره في الإتفاق . كما هو الحال بالنسبة لمدير مستشفي الأمراض العقلية ، فهو ملتزم برعاية مرضاه . ولم يحدد النص الأشخاص الذين يكونون في حاجة الي رقابة . وإنما ذكر علة هذا الإلتزام ، وهي كما ورد في النص المادة ١/١٧٣ مدني " حاجة المشمول بالرقابة بسبب صغر السن مثل القاصر أو بسبب حالته العقلية مثل المجنون أو المعتوه أو بسبب علة في الجسد مثل الكفيف والمشلول . ويذهب قضاء النقض الي أنه[١] لم يكن هناك إلتزام قانوني أو إتفاقي بالرقابة فلا قيام لهذه المسئولية ، وأنه لا يجوز تطبيق نص المادة ١٧٣ مدني ، برغم أن السيد مكلف علي كل حال بملاحظة خادمه ورعايته ، فإن عبارة

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٣١/٣/٢٩ ، مجموعة القواعد القانونية السنة ٢٥ قاعدة ٤٦ ص ١٢٩٢.

هذه المادة خاصة مبدئيا بمسئولية المكلفين بملاحظة القصر من عديمي التمييز "

ب - الرقابة علي القاصر :-

بالنسبة للرقابة علي القاصر يجب التمييز بين مرحلتين هي :-

مرحلة ما قبل الخامسة عشر من العمر ، حتي بلوغ سن الحلم في الشريعة الغراء ويبقي القاصر في حاجة الي الرقابة ، ويظل أصلا في كنف الأب . فإن لم يوجد فللجد ثم للعم وهكذا . وقد تنتقل الرقابة إتفاقا الي الأم . وتأتي المرحلة الثانية ، وهي بلوغ القاصر سن الخامسة عشر من عمره . وهنا يجب التفرقة بين فرضين إذا إستمر القاصر في كنف القائمة علي الرعاية فيستمر الالتزام بالرقابة حتي بلوغ القاصر سن الرشد أو إستقلاله في معيشته . وينقضي في هذه السن التزام الرقابة للمكلف حتي ولو إستمر الخاضع له في معيشته معا [١] وعلي الفرض الثاني إذا بلغ القاصر سن الخمسة عشر وإستقل في معيشته فلا يكون هناك مسئول عنه .

ومما يجدر الإشارة اليه أنه إذا كان القاصر في مرحلة التعليم ، فإن الرقابة تنتقل الي المعلم في المعهد العلمي الذي يكون به القاصر . وإذا كان يتعلم حرفة أو مهنة إنتقلت الرقابة الي معلم هذه

---

(١) راجع د. عبدالودود يحى ، المرجع السابق ص ٢٧٢.

الحرفة أثناء تعلمه إياها ، فإذا غادر المعهد العلمي أو مكان تعلم الحرفة فإن الالتزام بالرقابة يكون في جانب ولي التربية (١) .

ج - الرقابة بسبب الحالة العقلية أو الجسدية :-

الأصل أنه إذا بلغ الولد سن الرشد فإن الرقابة عليه تزول ، ولم يكن هناك مسئول عنه ، حتي ولو بقي القاصر في رعاية المكلف بالرقابة ولكن قد يصاب الشخص بمرض عقلي أو جسمي يجعله في حاجة الي الرقابة ففي هذه الأحوال يكون لولي النفس أو الزوج مطلقا الرقابة عليه . وقد تنتقل هذه الرقابة إتفاقا إلي شخص آخر كمدير المستشفي أو الطبيب المعالج أو أحد أقاربه ممن يتفق معه علي تولي الرقابة .

ثانيا : صدور فعل غير مشروع من الخاضع للرقابة :-

يجب لتحقق هذه المسئولية صدرو فعل غير مشروع يؤدي إلي ضرر يمس بالغير . ومما هو جدير بالذكر أن مسئولية الخاضع للرقابة مرتبطة بمسئولية المكلف بها ، فإذا قامت مسئولية الأول قامت إلي جانبها مسئولية الثاني وأساسها المشترك هو الإهمال في الرقابة . ولا تقوم مسئولية المكلف بالرقابة إلا إذا كان الفعل غير المشروع قد وقع من الخاضع للرقابة ، إذا كان هذا الأخير هو الذي أصابه

---

(١) زنظر نقض مدنى ١٩٧٥/٣/١١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ، ص ٤٩.

الضرر فلا توجد مسئولية مفترصه في جانب المكلف بالرقابة ، يستوي في ذلك أن يكون الخاضع والذي أحدث الضرر بنفسه أو كان قد وقع بفعل أجنبي (١) .

مسئولية متولي الرقابة إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز :-

إذا كان - كما سبق القول - أنه لا قيام لمسئولية المكلف بالرقابة إلا إذا كان الخاضع لها إرتكب فعل غير مشروع ، فإن ذلك يترتب عليه أنه لابد من وقوع الخطأ بركنبته المادي والأدبي ، وهذا يفترض فيه التمييز بالنسبة للخاضع للرقابة ، وهذه نتيجة منطقية ، لان عديم التمييز يكون في أشد الحاجة الي الرعاية من غيره . ولذلك تدارك المشرع هذا التحديد فجاء في عبارة المادة ١/١٧٣ مدني ونص علي توافر هذا الإلتزام حتي ولو كان الخاضع للرقابة غير مميز " ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير غير مميز " ويضيف أستاذنا الفاضل الدكتور / عبد الودود يحيي " أن المشرع إستعمل عبارة العمل الضار لأن عديم التمييز لا يمكن أن يوصف بأنه الذي أضر بالغير بأته عمل غير مشروع . وهذا يوجب القول ويؤكد بأن مسئولية المكلف بالرقابة هي مسئولية أصلية وليست تبعية أساسها الخطأ المفترض (٢) .

---

(١) راجع د/ عبد الودود يحى ، المرجع السابق ، ص٢٧٢.

(٢) راجع د/ عبد الودود يحى ، المرجع السابق ، ص٢٧٢.

رجوع متولي الرقابة علي الخاضع لها :-

أنه إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز فإن متولي الرقابة تقوم بصفة أصلية وبصفة إنفرادية . ومن ثم فلا يتصور رجوع المضرور علي غير المميز بما دفع ، علي أن الأمر يكون خلاف ذلك إذا كان الخاضع للرقابة مميزا [(١)] ، فإن مسئوليته تقدم وتقوم بما فيها مسئولية متولي الرقابة . ويكون للمضرور أن يرجع علي أي منهما منفردا أو يرجع عليهما معا ، ويكونان متضامنان في أداء كامل التعويض الذي يقضي به ، فإذا أدي الخاضع للرقابة التعويض كاملا ، فإنه لا مشكلة في الواقع وإنتهي الأمر عند ذلك الحد . أما إذا قام المكلف بالرقابة بأداء التعويض كله أو جزء منه للغير المضرور ، فانه يجوز له الرجوع علي الخاضع بما أمر له ، ولا يستطيع الخاضع الإمتناع عن ذلك إلا لسببين :-

الأول : أته مميز وينسب اليه الخطأ ويتحمل إذن نتيجة خطأه.

أما السبب الثاني : أن مسئولية متولي الرقابة قد تقررت لمصلحة الغير وليس لمصلحة الخاضع حتي يتمسك بوجوب إلزام متولي الرقابة بتعويض الضرر .

---

(١) راجع د/ البدالودود يحى ، المرجع السابق ، ص٢٧٣.

المبحث الثاني

مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه

تمهيد :-

تعتبر هذه المسئولية أكثر أنواع المسئولية وقوعا في الحياة العملية ، ومن ثم يجب الوقوف على تفاصيل أحكام هذه المسئولية ، إذ أنها تسهل أمام المضرور أي الغير فى الحصول علي حقه والتعويض الجابر للضرر من المتبوع أي السيد .إذ التابع في معظم الأحوال بل في كل الأحوال قد يكون معسرا لا مال له .

ومن هذا لابد من التعرض للنص التشريعي الموجب لهذا . وعلة قيام هذه المسئولية ، ثم شروط تحققها ، والأساس القانوني الذي ترتكز عليه ، ثم دفع هذه المسئولية أي إنتهائها ، كل ذلك نعرض له في الأحوال الآتية :-

اولا : النص التشريعي وعلة قيام المسئولية :-

لقد تناول المشرع المصري تأصيل هذه المسئولية في عجز المادة ١٧٤ مدني مصري ، والتي جاء نصها " يكون المتبوع مسئول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متي كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها . وتقوم رابطة ولو لم

يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه ، متي كانت له عليه سلطة فعليه في رقابته و توجيهه " .

يستدل من النص سالف الذكر أن هذه المسئولية تفترض وجود علاقة تبعية بين شخصين بمقتضاها يكون أحدهما ، " المتبوع له " سلطة تخوله الرقابة علي آخر " تابع " وتوجيهه . فإذا وقع من الأخير أثناء تأدية وظيفته أو بسببها عمل غير مشروع سبب ضررا للغير ، كان المتبوع مسئولا عن الضرر الذي سببه عمل التابع . وترجع العلة في قيام هذه المسئولية[١] الي أن التابع - كما سبق أن أسلفنا في غالب الأحوال - يكون شخصا معسرا أي\ليس لديه ما يكفيه الضرر الذي حاق بالغير . فالمتبوع هو الذي يتحمل عبء هذا التعويض الجابر للضرر . ومن ثم كان من الأهمية بمكان فرض هذه المسئولية عليه . وحتي في الأحوال التي يكون فيها التابع معسرا ، فانه من الأفضل بكثير أن يكون أمام الغير المضرور مدينان يرجع عليهما مجتمعين أو منفردين . فله أي المضرور حق الخيار بينهما فى المطالبة بالتعويض الجابر للضرر الذى لحقه من جراء فعل التابع

---

(١) راجع د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨.

ثانيا : شروط تحقق هذه المسئولية :-

بإمعان النظر في هذا النص المشار إليه - سلفا - نجد أنه لإعمال أحكام هذه المسئولية لا بد من توافر شرطان :-

الشرط الأول : وجود علاقة تبعية .

الشرط الثاني : إرتكاب التابع الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها .

وسوف نعرض لهذين الشرطين علي النحو التالي :-

١- وجود علاقة التبعية :-

يقصد بعلاقة التبعية بين التابع والمتبوع أن يمارس الأخير سلطة التوجيه والرقابة علي الأول ولا يشترط أن تكون هذه العلاقة ناشئة عن عقد العمل ، يمكن قيام هذه العلاقة بين الزوج والزوجة أو بين الوالد والولد أو بين الصديق والصديق ، ولا يشترط أن هذه العلاقة علاقة أصلية ، بل تنشأ نتيجة علاقة عرضية " فإذا كان رب الأسرة مسافرا بسيارته من القاهرة إلي أسوان ، ثم أثناء قيادته شعر بإعياء ، فتولت زوجته القيادة بدلا عنه ، فيكون في هذه الحالة متبوعا والزوجة تابعة ، ولا يشترط لقيام التبعية وجود مقابل ، بل يتحقق سواء كان التابع يتقاضي أجر أم لا . مهما كان الزمن الذي يلزم لتنفيذ هذه العلاقة . وقد جاء النص سالف الذكر " بأن تقوم رابطة التبعية حتي ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه " . ويفسر هذا التص أنه ليس في طبيعة الأشياء ما

يوجب قيام هذه العلاقة علي حرية المتبوع في إختيار تابعه .

وقد جاءت في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني أن هذا مثل صريح كما هو الحال " إن وزارة الدفاع ليست لها حرية إختيار المجندين، بل يتم تجنيد هؤلاء بالإقتراع العام . ومع ذلك يبقي أن تقوم مسئوليتها عن الضرر الذي يحدث من المجند أثناء أو بسبب تأدية الخدمة العسكرية". ولكن التساؤل الذي يثور ما مضمون علاقة التبعية ؟ مضمونها هو أن يكون للمتبوع سلطة توجيه التابع في عمل معين بإصدار الأوامر إليه وسلطة رقابة تنفيذ هذه الأوامر مع إلتزام التابع بطاعة أوامر المتبوع والإمتثال لها ، ذلك التنفيذ الذي ينصب علي عمل يقوم به التابع لحساب المتبوع ، وما لم يكن هناك عمل معين فإن علاقة التبعية لا تقوم ، فالرقابة العامة لا تكفي ومن ثم ليس ربّ كل أسرة إلا زوجا متبوعا لأته يملك الرقابه العامة ، وليس في عمل معين ، ويكفي أن تتوافر هذه السلطة من الناحية الإدارية دون أن يتطلب أن يكون المتبوع قادرا علي أدائها فنيا . ولا يشترط ممارسة المتبوع الرقابة بنفسه فيكفي أن ينيب عنه غيره في هذه السلطة مثل المتبوع العرضي (١) .

ويعتقد بوقت وقوع الضرر في تقدير قيام علاقة التبعية ، مهما طالت أم قصرت ، والذي يميز مسئولية متولي الرقابة عن مسئولية المتبوع . هو أن الرقابة والتوجيه يكونان في عمل معين يقوم به التابع

(١) راجع د/ سليمان مرقص ، تعليقات على الأحكام عام ١٩٨٨ ، ص ٢٢٢.

لحســـاب المـــتبوع ، فـالأب له الرقـابة علي إبنه ولكن في عـمل غـيـر معـــين .

ثانيا : وقوع الخطأ أثناء أو بسبب تأدية الوظيفة :-

بعد ثبوت علاقة التبعية يشترط لإقامة المسئولية للمتبوع أن يكون التابع قد وقع منه خطأ أثناء القيام بالعمل المنوط به من قبل المتبوع أو بسبب هذا العمل يسبب ضررا للغير . ويكون هناك علاقة من خطأ وضرر سببه.

ويقع علي عاتق المضرور عبء إثبات خطأ التابع [١]، مـالم يكن الخطأ مفترضا في جانبه . وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها[٢] ، " أن مسئولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع . وعلي ما يبين من نص المادة ١٧٤ من التقنين المدني تقوم علي خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضا لا يقبل إثبات العكس متي كان هذا العمل غير مشروع قد وقع منه أثناء تأدية وظيفته أوبسببها أو ساعدته هذه الوظيفة أو هيئات له إتيان فعله غير المشروع ولو كانت هذه الرقابة قاصرة علي الإدارية . ويستقل قاضي الموضوع في إستخلاص علاقة التبعية متي ركن إستخلاصه إلي أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق " . وإعمالا لهذا يجب التفرقة بين أحوال ثلاثة :-

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحى ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨.

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٧٩/١/٨ الطعن ٣٩٥ السنة ٤٥ ق .

١- وقوع الخطأ أثناء القيام بأعمال الوظيفة .

٢ - وقوع الخطأ بسبب تأدية أعمال الوظيفة .

٣ - وقوع الخطأ بمناسبة الوظيفة .

وسوف نعرض لهذه الفروض الثلاثة علي النحو التالي :-

١- وقوع الخطأ حال تأدية أعمال الوظيفة :-

إذا إرتكب التابع فعل غير مشروع عند قيامه بأعمال الوظيفة ، سواء كان هذا الفعل بناء علي أمر صادر إليه من المتبوع أو بدون ذلك . أو سواء كان المتبوع عالما به . فإن هذا الفعل غير مشروع يكون الخطأ الذي يعتبر ركيزة المسئولية . ولنسوق من كتب الفقه العديد من الأمثلة لإيضاح هذه الفكرة [١] . كأن يصيب سائق السيارة أحد المارة عابري الطريق أثناء قيادته لهذه السيارة ، أو يتسبب الخادم أثناء قيامه بأعمال نظامة المنزل في إلقاء بعض المهملات التي تسبب إصابة لأحد المارة ، أو يتسلم بواب المسكن رسالة لأحد قاطنيه فيختلس بما بداخلها أو يقوم بإتلافها ..... وإلي غير ذلك .

٢ - وقوع الخطأ بسبب تأدية الوظيفة : -

يعتبر الخطأ بسبب الوظيفة إذا وقع من التابع [٢] بسبب قيامه

(١) راجع د. محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٥٣٥.
(٢) أنظر استئناف مختلط ١٩٣١/١١/١٧ المحاماة السنة ١٤ ص ٣٠٩.

بأعمال وظيفته ، بمعني أن يتصل بها إتصال العلة المعلول بحيث لايمكن القول بأنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، أو كما يعبر عنها الفقه[1] أن الخطأ بسبب الوظيفة أو الذي ما كان يفكر في إرتكابه لولا هذه الوظيفة . ولو جاوز فيه التابع حدود وظيفته أو أساء فيه إستعمالها أو إنطوي علي إستغلالها ولو صدر منه بغير علم المتبوع أو رغم معارضته ، أو لم يرد به خدمة المتبوع بل قصد به تحقيق غرض شخصي له . ولنسوق المثال التالي لإيضاح ذلك " إذا رأي الخادم مخدومه يتشاجر مع آخر ، فهب لمساعدته وضرب خصمه ضربة أفضت إلي الموت ، فإن هذا الفعل غير المشروع يعتبر خطأ من التابع وقع أثناء أعمال وظيفته .

٣ - الخطأ بمناسبة الوظيفة :-

يعتبر الخطأ قد وقع بمناسبة الوظيفة إذا إقتصرت علي تيسير إرتكاب الخطأ أوالمساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه ولكنها لم تكن ضرورية لامكان وقوع الخطأ أو التفكير فيه ، ومثال " إذا إستدرج خفير نظامي زوج خليلته ليلا إلي الدرك المعين خدمة فيه ليتخلص منه وتخلو له زوجته فإن هذا الفعل غير المشروع يكون قد وقع من الخفير بمناسبة تأدية أعمال وظيفته ، إذ أنه بوجوده في هذا الدرج ليلا ، وتذرعه

---

(١) راجع د / السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٦٨٤.

بوظيفته وإستخدامه سلاحة الأميري للفتك بالمجني عليه ما يسهل له إرتكاب هذا الفعل " ، وكذلك " إعتبرت وزارة الداخلية مسئوله عن جنحة قتل خطأ نسب إلي أحد الكونستبلات الذي كان قد أرسل في مهمة رسمية ومعه سلاحه الأميري ، ولكنه عرج في أثناء المهمة لزيارة أحد أقاربه فعبث بمسدسه الذي إنطلق منه عيارا ماديا فتسبب في قتل أحد الصبية من أقاربه " ، وأسست محكمة النقض المصرية قضاءها بالمسئولية والتعويض في هذين المثالين السابقين علي ما يلي .. وجاء بأسباب هذا القضاء [(١)] " إن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة تتحقق كلما كان فعل التابع قد وقع أثناء تأدية أعمال وظيفته ، أو كلما إستغل وظيفته أو ساعدته أو هيئأت له بأي طريق كان فرصة إرتكابه سواء كان ذلك لمصلحة المتبوع ، أو عن باعث شخصي له متصل بالوظيفة أم لا . وسواء كان قد وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغيرعلمه".

وقد ذكرت محكمة النقض[(٢)] هذا الذي المعني بوضوح أكثر فقضت " أن نص المادة ١٧٤ مدني إذ أقام مسئولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متي كان واقعا منه حالة تأدية أعمال وظائفه أو بسببها قد أقام هذه المسئولية علي خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضا لا يقبل إثبات العكس . مرجع هذا الخطأ هو سوء إختيار

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٦/٣/١٨ الطعن ٥٨٥ السنة ١ ع ق مجموعة المكتب الفنى ص٦٩٧.

(٢) راجع د / عبدالودود يحى المرجع السابق ، تفاصيل الخلاف ، ص ٢٨٤ - ٢٨٦.

لتابعه وتقصيره في الرقابة ، وأن المشرع إذ حدد مسئولية المتبوع علي هذا النحو ، لم يقصد أن تكون المسئولية قاصرة علي خطأ التابع وهو يؤدي أعمال وظيفته ، أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ أو أن تكون ضرورية لامكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية أعمال وظيفته أو كلماإستغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة علي إرتكاب الفعل غير المشروع " . وإيذاء ما تقدم في أحكام قضاء النقض نجد أن المحكمة توسعت كثيرا في أعمال مناسبة الوظيفة لتحقق مسئولية المتبوع حتي تمكن للمضرور الفرصة الكاملة للرجوع علي المتبوع كلما كانت وظيفة التابع قد هيئأت له فرصة إتيان الفعل غير المشروع . ولكن الواقع في رأينا غير ذلك لأن الخطأ لا يعتبر قد وقع بسبب الوظيفة إلا إذا كان يتصل بهاإتصال العلة بالمعلول ، بحيث تكون الوظيفة هي السبب المباشر ، بحيث إذا طبقنا ذلك علي الأمثلة سالفة الذكر فإننا نكون بصدد سببسة عارضة يمكن أن تقوم في جميع الأحوال التي تكون فيها الوظيفة هي مناسبة وقوع الفعل غير المشروع لتجعل السببية علي معني غير منضبط لا تعرفه نظم المسئولية .

اساس مسئولية المتبوع :-

لقد إحتدم الجدال في أوساط دوائر الفقه وأحكام القضاء في البحث

عن أساس هذه المسئولية [١] وإنقسم الخلاف إلي اتجاهين : الأول : يقيم المسئولية للمتبوع علي أنها مسئولية ذاتية تقوم علي فكرة الخطأ المفترض أو علي فكرة تحمل التبعة ، والثاني : يري أن المسئولية عن فعل الغير تقوم علي فكرة النيابة أو الضمان القانوني . وسوف نعرض لكل من الإتجاهين السابقين كل علي حده .

الإتجاه الأول :

إقامة مسئولية المتبوع علي أساس المسئولية الشخصية :-

ذهب أنصار هذا الإتجاه [٢] إلي أن مسئولية المتبوع تقوم علي أساس الخطأ المفترض في جانبه سواء كان هذا الخطأ متمثل في الخطأ في إختيار التابع أو الخطأ في الرقابة والتوجيه ، أي أن المشرع وضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس في ثبوت الخطأ في جانب المتبوع ، ولكن هذا الإتجاه هجره الفقه منذ أمد بعيد لأنه غير كاف لإقامة مسئولية المتبوع، فالمتبوع يظل مسئولا عن فعل تابعه ولو لم تكن له حرية إختياره أو أثبت أنه كان يستحيل عليه منع العمل غير المشروع الذي نجم عنه الضرر ، كما أن الأخذ بهذا الأساس يمكن المتبوع من نفي علاقة السببية بين الخطأوالضرر وهذا غير جائز لإجماع الفقه والقضاء .

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع ال سابق تفاصيل الخلاف ص ٢٨٤ - ٢٨٦.
(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٧٩/٥/٣١ مجموعة القواعد ص ٨٩٧.

وبالإضافة إلي ذلك أنه لا يمكن قيام هذه المسئولية إذا كان المتبوع غير مميز ، إذ لا يمكن نسبة الخطأ الي عدم التمييز ، لأن التمييز ركن في الخطأ ، وإيذاء هذا النقد ذهب البعض الآخر إلي إقامة هذه المسئولية علي أساس المسئولية الذاتية القائمة علي فكرة تحمل التبعة ، أي الغنم بالغرم . فالمتبوع بإستخدامه نشاط التابع يمد في شخصيته ويوسع في نشاطه ، وينشئ من ثم خطرا يجب عليه تحمل تبعته .

ولكن هذا الأساس أيضا كان هدفا للنقد ، إذ أنه يؤدي إلي تحمل المتبوع كل ضرر يحدث من التابع حتي ولو لم يكن خطأ ، فقيام مسئولية المتبوع مرهونة بصدور خطأ من التابع . كما أن الأخذ بهذا الأساس لايمكن المتبوع من الرجوع علي التابع في حالة قيامه بتعويض المضرور كاملا ، إذ أن المتبوع يتحمل شخصيا تبعة هذا النشاط الذي يستفيد منه وهذا ما يخالف صحيح القانون إذ أجاز المشرع للمتبوع الرجوع علي التابع بكل ما دفعه للمضرور .

الإتجاه الثاني :-

ذهب أنصار هذا الإتجاه إلي أن مسئولية المتبوع عن فعل الغير ، إلا أنهم إختلفوا مثل أنصار الإتجاه السابق في أساس هذه المسئولية ، فذهب البعض إلس القول أنها تقوم علي أساس فكرة النيابة فالتابع نائب عن المتبوع فيما يقوم به من أعمال وظيفته من أعمال مادية

ولكن هذا الإتجاه منتقد من أساسه ، إذ أن النيابة لا تقوم إلا في التصرفات القانونية دون الأعمال المادية . وذهب رأي آخر إلي أن إقامة مسئولية المتبوع علي أساس فكرة الحلول . فالتابع يحل محل المتبوع ، بل هو إمتداد لشخصه . ولكن هذا الرأي منتقد أيضا ، لأن المخطأ لا ينسب إلا إلي الشخص الذي وقع منه .

وذهب إتجاه أخير وهو الراجح فقها وقضاء (١) يقيم هذه المسئولية علي أساس فكرة الضمان القانوني فالمتبوع كفيل متضامن مع التابع في مواجهة الغير . وهذا ما يتيح للمضرور الرجوع علي المتبوع قبل الرجوع علي التابع ، إذ أنه كفيل متضامن ليس له الحق في الدفع بالتجريد أي الرجوع علي المدين الأصلي وتجريده من أمواله أولا (٢) ويتيح أيضا للمتبوع الرجوع علي التابع بكل ما أداه من تعويض للمضرور .

وأيدت محكمة النقض هذا النظر في أحد أحكامها الحديثة نسبيا(٣) " بأن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة ، هي مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور ، وتقوم علي فكرة الضمان القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٨/٥/٨ ، الطعن ٦٥٧ ، السنة ٤٢ ، ص ٨٧١ البدراوى ص ٤٥٩ ، حسام الأهوانى ص ٤٨١.

(٢) راجع د/ عبدالودود يحى المرجع السابق ص ٢٨١ هامش ١ .

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٧٩/٥/١٠ السنة ٤٣ ق الطعن ٨٧١.

مصدرها القانون وليس العقد . ومن ثم إذا أوفي المتبوع التعويض كان له أن يرجع علي التابع محدث هذا الضرر . كما يرجع الكفيل المتضامن علي الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه " . وهذه هي القاعدة العامة التي أوردها المشرع في عجز المادة ١٧٥ مدني التي توجب أن يكون للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر . ولم يقصد المشرع بذلك النص أن يكون للمتبوع دعوي شخصيه جديدة يتم بها الرجوع علي التابع .

قيام مسئولية التابع إلي جانب مسئولية المتبوع :

الأمر الذي لا خلاف عليه بين الفقهاء[(١)] أن المسئول الأصلي التابع . أما المتبوع فهو مسئول تبعا . ومن ثم فإن قيام مسئولية المتبوع لا تستتبع إضفاء مسئولية التابع ، بل أن المسئوليتين تقومان جنبا إلي جنب ، ويرتب البعض علي ذلك النتائج الآتية :-

أولا : تضامن التابع والمتبوع في المسئولية عن تعويض الضرر إعمالا لنص المادة ١٦٩ مدني التي تقضي بأنه إذا تعدد المسئولون عن الفعل الضار كانوا متضامنين في إلتزامهم بالتعويض . فالمضرور بالخيار بين الرجوع علي المتبوع وإستيفاء كامل التعويض أو التابع أو كلاهما معا .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ٣١٥.

ثانيا : إذا رجع المضرور علي التابع واستولي كامل التعويض الجابر للضرر فإن الأمر ينتهي عند هذا الحد ، ولا يجوز له الرجوع علي المتبوع هو والتابع أيضا لأن المسئول الأصلي هو التابع .

ثالثا : متى قامت مسئولية التابع تقررت وبصورة مؤكدة وتلقائية مسئولية المتبوع . إذ أنهما يقومان علي حد سواء .

دفع مسئولية المتبوع - إنتفاء المسئولية -

لقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للمادة ١٧٤مدني " أن المشرع جعل من الخطأ المفترض أساس هذه المسئولية ، وقد جري المذهب اللاتيني خلافا للمذهب الجرماتي ، علي إعتبار قرينة الخطأ قاطعة لا يقبل في شأنها إثبات الدليل العكسي ، فليس للمتبوع بناء علي ذلك أن يقيم الدليل علي إنتفاء الخطأ من ناحية وأقصي مايمكن عمله في هذا الصدد هو نفى علاقة السببية . أما المشرع فلم يشايع أي من المذهبين وإكتفي بالنص علي أن المتبوع لا يستطيع أن يدفع المسئولية عن نفسه إلا إذا أثبت أته كان يستحيل عليه أن يحول دون وقوع العمل غير المشروع الذي نجم عنه الضرر .والواقع أن هذه الإستحالة تستتبع سقوط المسئولية أو إنتفائها من الناحية العملية بإعتبار أنها تقتضي قرينة الخطأ في الرقابة والتوجيه . أو بإعتبارها تنفي علاقة السببية " . ويذهب أستاذنا الدكتور / أحمد سلامه إلي أنه

مع التحفظ الشديد بالتسبة لما سبق فإن وسيلة دفع مسئولية المتبوع تكون بأحد أمرين :-

الأول : مساعدة التابع علي نفي مسئوليته طبقا للقواعد العامة .

والثاني : إثبات أن الفعل غير المشروع راجع إلي سبب أجنبي لا يد للتابع فيه .

الفصل الرابع

المسئولية عن الأشياء

تمهيد :-

إمعانا من المشرع المصري في وضع المزيد من القواعد الحمائية للمضرور ، أجاز مسألة الشخص عن فعل الغير ، وكذلك مسألته عن الشئ الذي يكون في حيازته . ومن ثم كان التنظيم التشريعي للمسئولية عن الأشياء الواردة في نصوص القانون المدني في المواد من ١٧٦ حتي ١٧٨ مدني . فخصص النص الوارد في المادة ١٧٦ للمسئولية عن الحيوان والمادة ١٧٧ للمسئولية عن حوادث البناء ، والمادة ١٧٨ للمسئولية عن الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، وسوف نعرض لهذه الأحوال الثلاثة كل في مبحث خاص به .

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان

النص التشريعي:-

نصت المادة ١٧٦ مدني " حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ".

بأمعان النظر في هذا النص سالف الذكر نجد أنه تنعقد مسئولية حارس الحيوان بشرطين : الأول : أن يكون هناك حيوان ، ويقصد به كل كائن حي عدا الإنسان سواء كان دابة أو زاحفة أو طير ، أو سواء كان هذا الحيوان مستأنسا أو متوحشا ، صغيرا أو كبيرا (١)، ومن البديهي أن هذا الكائن الحي إذا فقد الحياة فإنه لا يعد حيوانا وإنما يصبح شيئا ، ولا يكفي أن يكون الكائن حيا ، بل يجب أن يكون مملوكا لأحد من الناس ، ولهذا فإنه إذا أكلت الجراد الزرع فإن مسئولية إتلاف المزروعات لا تقوم إلا بالنسبة للشخص الذي أثار هذه الأسراب بفعله ، أما لو كان هناك شخص يربي النحل فإنه يسأل عن الضرر الذي يحدثه إعمالا لهذا النص . والشرط الثاني : أن يقع ضرر بفعل هذا الحيوان ويكون الأمر كذلك في حالة حدوث تداخل إيجابي من الحيوان في وقوع الفعل الضار ويعني هذا

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ٣٢٠.

أن يكون الضرر قد حدث بفعل الحيوان سواء إتصل بالمضرور إتصالا ماديا أو لم يتصل شريطة أن يكون هذا الفعل إيجابيا لا سلبيا . ومن ثم إذا فلت الحيوان المفترس من حارسه وإنطلق في الشارع العمومي فأصيب أحد المارة بالذعر فسقط علي الأرض فجرح ، فالضرر هنا يكون بفعل الحيوان . أما إذا كان هذا الحيوان في قفصه الحديدي ورآه أحد الأشخاص فخاف وسقط علي الأرض فجرح فإن الضرر لا يكون بفعل الحيوان . وقد يحدث في بعض الأحيان أن يشترك أكثر من حيوان في إحداث الضرر ، فلا مشكلة علي الإطلاق إذا كانت هذه الحيوانات جميعها في حراسة شخص واحد . ولكن المشكلة تبدأ إذا كانت الحراسة موزعة بين عدد من الحراس ، أي أن لكل حيوان حارس ،فالرأي المستقر عليه فقها لحل هذه المشكلة أن نفرق بين ما إذا كان المضرور شخصا من من الغير وحالة ما اذا كان المضرور هم جميع الحراس . فى الحالة الأولي : يرجع الغير على الحراس بالتضامن الا اذا دفع أحدهم المسئولية عن نفسه باثبات السبب الأجنبى (١).

وفى الحالة الثانية : وهى حالة ما اذا كان الضرر متبادلا ، فإن كل حارس يلزم بتعويض الحارس الآخر .

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٥٤٥.

مسئولية الحارس المدنية عن الحيوان :

اذا توافر الشرطان سالفى الذكر المشار اليهما فى عجز المادة ١٧٦ مدنى ، فإنه لاشك أن الحارس يلزم بتعويض المضرور بافتراض من الخطأ ، ولكن يثور التساؤل عن معنى هام هو : ما مضمون هذه الحراسة الموجبة للمسئولية؟ يقصد بحراسة الحيوان السيطرة الفعلية [١] والامساك بزامه فحارس الحيوان هو من له هذه السيطرة الفعلية عليه . ويمسك بزمامه .ويكون عليه ملاحظته ورقابته سواء كانت هذهالسيطرة تستند إلي حق أم لا تسند إلي حق . وتكون حراسة الشئ في الأصل لمالكه ولكنها قد تنتقل منه إلي الغير بتصرف قانوني كالمستأجر أو المستعير أو المودع عنده أو بطريق غير مشروع فتثبت الحراسة إلي السارق لهذا الحيوان . أما إذا عهد المالك بالحيوان إلي تابع له مثل الخادم أو السايس ، فالغالب أن يستبقي سيطرته الفعلية عليه ويظل من ثم حارسه دون هذا الأخير ، ومع ذلك قد تنتقل السيطرة الفعلية عليه كالخيال الذي يجري بالجواد في ساحة السباق فيكون الخيال هو الحارس لهذا الجواد لأن له السيطرة الفعلية عليه ، ولعل هناك عنصرين يكونان السيطرة الفعلية . الأول : أن يمارسها الشخص لحساب نفسه . والثاني : لا يخضع في ممارسته لرقابة أو توجيه من غيره . ومن هنا إذا كان الشخص يسيطر علي الحيوان لمصلحة شخص آخر فإنه لا يكون حارسا ،

---

(١) أنظر عكس ذلك مصطفى مرعى فقرة ٢٤٥ ، المسئولية المدنية ص ٣١٨.

بل تبقي الحراسة للمالك كما سبق القول . بل الحارس هو المالك . فالقاعدة أن التابع لا يكون حارسا ، بل المتبوع هو الحارس اللهم إلا في الحالتين الآتيتين :-

أ - إذا خرج عن تعليمات المتبوع فإنه يعتبر حارسا طوال هذه الفترة.

ب - إذا نقل المتبوع الحراسة إلي التابع كما لو سمح للتابع بالسفر بالحيوان إلي جهة نائية .

ويذهب البعض إلي القول بأن ربط المسئولية في هذه الأحوال بفكرة الحراسة تؤدي إلي عدم مسئولية المالك عن الأضرار التي تسببها الحيوانات المتوحشة المتواجدة علي أرضه ، إذ ليس له عليها أية سيطرة.

إنتفاء مسئولية حارس الحيوان :-

أقام المشرع المصري مسئولية الحارس - كما سبق القول - علي أساس الخطأ المفترض ، أي غير القابل لإثبات العكس ، وأنه لا سبيل أمام الحارس لوضع مسئولية إلا بإثبات أن الضرر قد وقع بسبب أجنبي ، والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة - فعل الغير - فعل المضرور . فإذا لم ينجح في إثبات الضرر إلي أحد هذه الأسباب فإنه مسئوليته تظل باقية . ومن ثم إذا ظل سبب الضرر مجهولا كان الحارس مسئولا . فأما عن القوة

القاهرة فلا صعوبة في إثباتها كأن يثبت الحارس أن هناك رعد أفزع الحيوان فأفلت منه رغم إرادته . وأما عن فعل المضرور ، فإذا كان من الممكن توقعه أو مما يمكن دفعه فإن مسئولية الحارس تتحدد علي أساس التفرقة بين ما إذا كان فعل المضرور يعتبر خطأ أو لا يعتبر .

وفي الحالة الثانية ، يسأل الحارس . أما في الحالة الأولي : فإن المضرور يتحمل بقدر مساهمته في إلحاق الضرر بنفسه . وأما عن فعل الغير إذا كان من الممكن توقع هذا الفعل أو دفعه فإن الحارس يظل مسئولا في مواجهة المضرور .

ولكن يثور التساؤل، هل يكون له الرجوع علي الغير ؟ في واقع الأمر لابد من التفرقة بين جانبين : الأول إذا كان فعل الغير مكون لركن الخطأ فيكون له الرجوع مع مراعاة تعدد الأخطاء. والثاني إذا لم يكن مكونا لخطأ لا يكون له هذا الرجوع (١).

---

(١) راجع د/ السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٧٠٨.

المبحث الثاني

المسئولية عن البناء

النص التشريعي :-

لقد تناول المشرع أحكام هذه المسئولية في المادة ١٧٧ مدني "حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئولا عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر ولو كان إنهداما جزئيا مالم يثبت أن الحادث لا يرجع إلي سببه إلي إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه . ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك بإتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول علي إذن من المحكمة في إتخاذ هذه التدابير علي حسابه .

بالفحص الدقيق لهذا النص نجد أن المشرع تناول فيه شروط تحقق مسئولية حارس البناء وكيفية دفعها ، وهذه أحكام مجملة تحتاج إلي تفصيل سنعرض لها كما يلي :-

شروط قيام مسئولية حارس البناء :-

لكل تنعقد مسئولية الحارس للبناء لابد من توافر شرطان هما :-

١- وجود حراسة للبناء

٢ - وقوع ضرر من هدم البناء

١-حراسة البناء :- يقصد بحراسة البناء (١) أن الحارس له السيطرة الفعلية علي البناء ، فهو المكلف بحفظه وصيانته والتصرف في أمره ، يستوي أن تكون هذه السيطرة شرعية أم غير شرعية .

والأصل أن حارس البناء هو مالكه .فلا يكفي المضرورأن يثبت أن الحارس هو المالك لأن هذا مفترض ، ولكن يستطيع المالك أن يثبت أن حراسة البناء كانت لغيره وقت وقوع الضرر ، فمشتري البناء يصبح مالكاله بمجرد إتمام إجراءات نقل الملكية . ومع ذلك يظل البائع هو الحارس حتي وقت التسليم رغم أن الملكية إنتقلت إلي المشتري ، وإذا تسلم المشتري العقار قبل إتمام إجراءات التسجيل أصبح هو الحارس رغم أن الملكية لازالت للبائع (٢). وكذلك تنتقل الحراسة إلي المنتفع والدائن المرتهن رهن حيازة واضع اليد بحسن نية ، لأن كلا من هؤلاء تكون له السيطرة الفعليه أما المستأجر والمستعير فإنه لا يعتبر حارسا ، لأن السيطرة الفعلية علي البناء تظل للمالك . وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية (٣)" المالك دون المستأجر هو المطالب بصيانة ملكه وموالاته بالصيانة والترميم ، فإذا قصر فى ذلك كان مسئولا عن الضرر الذي يصيبه الغير بهذا التقصير . ولا يعفيه من المسئولية أن

---

(١) راجع د / عبدالودود يحى ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣.
(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٦٩/٥/١٢ ، مجموعة الكتب الفني السنة ٢٠ ، ص ٦٩٦.
(٣) راجع د/ عبدالودود يحى ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣.

يكون المستأجر قد إلتزم قبله بأن يقوم بأعمال الترميم والصيانة للعين المؤجرة ، إذ علي المالك إخلاء مسئوليته في هذا الشأن " . وكذلك يعتبر المقاول الذي شيد البناء حارسا له حتي يتم التسليم . وأما البناء فينعقد به كل مجموعة من المواد شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض إتصال قرار [1] . بصرف النظر عن كنهة هذه المواد من الحجارة أو الخشب أو الحديد أو المعادن الأخري . ويستوي أن يكون البناء معد للسكن أم غير ذلك ، فيدخل في نطاق البناء للمنازل والحظائر والقناطر والخزانات والسدود والتماثيل و الأنفاق وأنابيب المياه والغاز والمجاري.

٢- وقوع ضرر من هدم البناء :- ١

يقصد بهدم البناء تفكك أوصاله وإنفصال أجزائه سواء كان هذا الهدم جزئيا أم كليا . فيعتبر هدما للبناء إنهيار سلم المنزل أو إنفصال الشرفة أو السقف . ويستوي أن يكون الهدم راجعا إلي قدم البناء أو عيب فيه أو بسبب حادث مثل إنفجار أنبوبة بوتاجاز أو ماسورة غاز أو موقد ناري . ويشترط لإنعقاد مسئولية الحادث أن يكون الضرر قد نشأ عن تهدم البناء تهدما فعليا ، فإذا لم يكن البناء قد هدم ولكنه مهدد بالهدم جاز لم كان مهددا بالضرر أن يطالب المالك بإتخاذ الإجراءات والإحتياطات اللازمة لدرء هذا الخطر ، وإذاتقاعس المالك أو إمتنع جاز

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحى ، المرجع السابق ص ٢٩٣.

عمل هذه الإجراءات الاحتياطية علي حساب المالك بعد اللجوء إلي القضاء في الإذن بذلك . وهذا ما أوضحه نص المادة ٢/١٧٧ مدني . وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد (١) " أن عدم إذعان المجني عليهم بطلب الإخلاء الموجه إليهم أو تراخي باقي ملاك العقار عن إجراء الترميم لا ينفي عن الطاعن الخطأ المستوجب لمسئوليته . إذ يصبح في القانون أن يكون الخطأ الذي أدي إلي وقوع الحادث مشتركا بين المتهم وغيره ، فلا تنفي أخطاء أحدهم مسئولية الآخر".

دفع مسئولية حارس البناء :-

أسلفنا أن المضرور يستطيع إثبات أن الضرر ناتج عن تهدم البناء وأن المدعي عليه هو حارس أيضا ، أي الملزم بالصيانة لهذا البناء أراد إصلاحه أو تجديده ، فإذا ثبت ذلك قامت قرينة قانونية علي خطأ الحارس ، إلا أنها قرينة قابلة لإثبات العكس ، إذ يستطيع أن ينفي عن نفسه الخطأ وبالتالي يتخلص من المسئولية ، إذ أثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلي صيانة أو إصلاح أو تجديد . فإن لم يستطيع ذلك وهو في غالب الأحوال التي يستطيع إعتبر هدم البناء راجعا إلي خطئه المفترض ولا يكون أمامه سوي إثبات أن الهدم راجع إلي سبب أجنبي . أي ينفي

---

(١) أنظر نقض جنائي ١٣/٥/١٩٦٨ مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ، ص ٥٥٤.

علاقة السببية بين الضرر والخطأ المفترض . وهذا يفترض أن يكون حارس البناء مميزا (١) .

الأساس القانوني لمسئولية حارس البناء :-

يذهب الإتجاه الغالب في الفقه إلي تأسيس مسئولية حارس البناء علي الخطأ المفترض . ومن ثم إذا أثبت المضرور - كما سبق أن ذكرنا - أن الضرر ناشئ عن هدم البناء إفترض المشرع هذا الخطأ في جانب الحارس إذ أن الهدم يرجع إما إلي إهمال في الصيانة ، أو قدم في البناء أو عيب فيه . ولكن هذا الإفتراض يقبل إثبات العكس . ويشكك البعض(٢) في كفاية هذا التحليل ، ويرون أن الحارس يسأل عن أمور لاتنسب إليه مثل إهمال الحارس السابق في الصيانة أو أمور فنية لايعلمها الحارس مثل وجود خطأ فني إرتكبه المهندس . ومن هنا يضيف أنصار الإتجاه الأخير إعتبار الضمان بجانب إعتبار الخطأ . ويرون أن الحارس الحالي يضمن الحارس السابق . كما يضمن تقصير المهندس أي أنه يضمن خطأ غيره .

---

(١) أنظر د/ عبدالودود يحى ، المرجع السابق ص ٢٩٥.
(٢) أنظر د/ أحمد سلامة ، ص ٤٦٨.

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء " غير الحية "

النص التشريعي :-

جاد النص علي هذه المسئولية في المادة ١٧٨ مدني " كل من تولي حراسة أشيـاء تتطلب حراستـها عناية خاصة أو حراسـة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت وقوع الضرر بسبب أجنبي لا يد له فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

يتضح من هذا النص أن المشرع المصري رسم أحكام المسئولية لحارس الأشياء . وجعل الحارس عن الشئ هو المسئول عنه ولكن بشروط معينة ، فما هي هذه الشروط، وما أساس هذه المسئولية قانونا وكيفية وضع هذه المسئولية . كل هذه تساؤلات جديرة بالإجابة عليها . وسوف نعرض لهذه التفاصيل علي النحو التالي :-

١- شروط مسئولية حارس الأشياء :-

يشترط لإنعدام هذه المسئولية شرطان : الأول : أن يكون هناك أشياء واجبة الحراسة وتستلزم عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية . والثاني : وقوع ضرر بفعل هذا الشئ . وسوف نعرض لهذين الشرطين كما يلي :-

اولا : وجود اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة :-

سبق القول أن حارس الشئ هومن له السيطرة الفعلية علي الشئ والتصرف فيه . أي أن الحراسة الموجبة للمسئولية في المادة ١٧٨ مدني إنما تتحقق بسيطرة الشخص علي الشئ سيطرة فعلية في الإستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه . وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لهذا المبدأ (١) " أن وحدات الحكم المحلي هي المسئولة عن حراسة شبكات الإنارة في المدن والقري دون شركات الكهرباء التي تكون مهمتها بيع وتوزيع الكهرباء عليه المستهلكين ، إذ أن مهام إنشائها وإستعمالها وصيانتها والرقابة علي ما يتصل بإستهلاك طاقة الكهرباء " . وتثبت الحراسة بالإستصحاب لمالك الشئ وحده . ولا يكلف المضرور إثبات حراسة المالك للشئ ، وإنما يستطيع المالك نفي وجود الشئ في حراسته حين وقوع الضرر . وقد تنتقل الحراسة من المالك بغير رضاءه ، فالدائن المرتهن رهن حيازة والحائز بحسن نية والسارق تعتبر حارسا لأن له السيطرة الفعلية علي الشئ . أما المستأجر والمستعير والمودع عنه ، فغالب الأحوال ألا تنتقل إليه الحراسة إلا إذا كانت له السيطرة الفعلية علي الشئ (٢) والأصل أن التابع لا يعتبر حارسا ، بل الحراسة للمالك .

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٨٩/١/٢ الطعن ٤٩٢ السنة ٥٦ منشور فى مجلة المحاماة العدد ٩٣ ص ١٢٥.

(٢) راجع د / عبدالودود يحى ، المرجع السابق ص ٢٩٦.

ومن ثم لا يعتبر سائق السيارة حارسا حتي ولو كان يقودها بمفرده دون صاحبه فإن وقع منه خطأ فالمضرور يرجع علي المالك بإعتباره الحارس .
وقضت محكمة النقض المصرية (١) تأييدا لهذا المبدأ " أن حارس الشئ في عرف المادة ١٧٨ مدني هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي له السلطة الفعلية علي الشئ قصرا أو إستقلالا ، ولا تنتقل الحراسة منه إلي تابعه المنوط به إستعماله للشئ ، لأنه وإن كان التابع له السيطرة المادية علي الشئ وقت الإستعمال إلا أنه إذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويأتمر بأوامره ويتلقي تعليماته ، فإنه يكون خاضعا للمتبوع عما يفقد العنصر المعنوي للحراسة ، ويجعل المتبوع وحده هو الحارس علي الشئ ، ذلك أن العبرة في قيام الحراسة الموجه للمسئولية في المادة ١٧٨ مدني هي السيطرة الفعلية علي الشئ سيطرة لحساب نفسه ".

وأما الأشياء التي تكون محلا للحراسة ، وتدخل في نطاق هذه المسئولية كما عبر عنها النص الوارد في المادة ١٧٨ مدني " أشياء تتطلب حراسة خاصة أو آلات ميكانيكية " فيمكن القول أن الأشياء التي تدخل في نطاق هذه المسئولية نوعان من الأشياء (٢) :

النوع الأول : الآلات الميكانيكية أي التي تدار بالقوي المحركة

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٦٥/٣/٢٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٦ ص ٣٩٦.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٥٥٥.

مثل الكهرباء والبترول والآلات الصناعية والزراعية والمصاعد والسيارات والقاطرات.

والنوع الثاني : الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، مثل المواد الكيماوية والمفرقعات -الأسلاك الكهربائية .

وتعتبر الأشياء متطلبه لتلك الحراسة عناية خاصة متي كان الشئ خطر يعدد الغير بضرر (١) فتأتي العناية الخاصة في الحراسة لتحمي الغير من هذا الضرر . وتقدير ما إذا كان الشئ يتطلب عناية خاصة في حراسته من عدمه هي مسألة موضوعية تترك لقاضي الموضوع بعيدة عن نطاق الرقابة القضائية التي تباشرها محكمة النقض . ومما جدير بالذكر أن الشئ يكون خطرا إما بالطبيعة أي بطبيعته أو بالظروف التي يكون فيها . فكما سبق القول أن المواد الكيماوية والمفرقعات وأسلاك الكهرباء خطيرة بطبيعتها . أما في الظروف التي يكون الشئ خطرا كما لو كان سلم المنزل حديث الطلاء وانزلق الصاعد عليه . فهو في هذه الظروف شئ خطر يتطلب عناية خاصة . وقضت محكمة النقض المصرية تأييدا لهذا المبدأ (٢) " أن الشئ في حكم المادة ١٧٨ مدني هو ما تقضي حراسته عناية خاصة إذا كان خطرا بطبيعته أو كان خطرا

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٣٠.

(٢) أنظر نقض مدنى ١٩٨٩/١/١٥ ، الطعن ١٧٨١ السنة ٧٦ منشور فى مجلة القضاة الفصلية عام ١٩٩٠.

بظروفه وملابساته بأن أصبح في وضع ، أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، ومن ثم يعتبر حمام السباحة من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة بالنظر إلي ظروف الحادث خاصة وأنه كان ممتلأ يوم وقوع الحادث ويقع في وسط النادي ولا يمكن منع الإقتراب منه لزوار النادي ".

ثانيا : وقوع الضرر بفعل الشئ :-

يعبر الفقه عن هذا الشرط بأن الضرر يجب أن يكون ناشئا عن شئ من هذه الأشياء سالفة الذكر . ويقابل الفقه هذا بين فعل الشئ وفعل الإنسان . فإذا وقع الضرر بفعل الإنسان تقام المسئولية علي أساس الخطأ الشخصي الوارد في المادة ١٦٣ مدني أي علي أساس المبدأ العام في المسئولية التقصيرية . أما إذا وقع الضرر من الشئ فتقام المسئولية علي أساس المادة ١٧٨ مدني أي حارس الأشياء . (١)

ويقع الضرر بفعل الشئ إذا كان هذا الشئ هو الذي سببه ، ويجب من ثم أن تقوم علاقة سببية بين الشئ والضرر ، ولا يكفي لقيام علاقة السببية أن يتدخل الشئ بوجه عام في إحداث الضرر ، بأن يثبت أنه لولا وجود الشئ لما وقع الضرر ، كأن يسقط شخص من شرفة المنزل علي سيارة في الطريق العام واقفة أو علي أحد المارة في الطريق فيصاب لتقوم علاقة السببية بين السيارة والإصابة ، بل يحب أن يكون تدخل الشئ هو السبب المنشئ للضرر بحيث يرجع هذا الضرر حقيقة لتدخله ،

، ويعبر البعض في الفقه المصري (١) عن هذه الفكرة بالتمييز بين التدخل الإيجابي والسلبي للشئ . ويعتبر الضرر واقعا بفعل الشئ إذا كان نتيجة تدخل إيجابي له . ويتحقق التدخل الإيجابي للشئ ليعتبر الضرر بفعله إذا كان الشئ وقت وقوع الضرر في غير وضعه العادي أو الطبيعي ، أو لو كان ساكنا لا يتحرك كوجود السيارة ليلا علي جانب الطريق غير مضاءة . أما إذا كان الشئ في وضعه الطبيعي أو العادي كان تدخله في إحداث الضرر سلبيا ، ولا يعتبر الضرر واقعا بفعله مثل وجود السيارة نهارا علي جانب الطريق ، أو وجودها ليلا في هذا الطريق لكنها مضاءة . ويذهب أستاذنا الدكتور / السنهوري (٢) في تحديد التدخل الإيجابي للشئ إلي مدي أبعد ليعطيه هذا الوصف " إذا كان هذا الشئ في وضع أو في حالة تسمح له عادة بإحداث الضرر ، علي أن الشئ من أحدث الضرر إفترض تدخله الإيجابي في إحداثه ، بحيث يكون علي الحارس ليتخلص من مسئولية أن يقيم الدليل علي لا صفة السلبية (٣) لتدخله وأكدت محكمة النقض المصرية هذه المبادئ في أحد أحكامها الحديثة نسبيا (٤)، " أنه يشترط لتحقق مسئولية الحارس في المادة ،

---

(١) راجع د/ محمد لبيب شنب ، رسالتنا المسئولية عن الأشياء فقرة ١٣١.
(٢) راجع د/ السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٧٢٨.
(٣) راجع د/ عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ٨٩٢.
(٤) أنظر نقض مدني ١٩٧٨/٢/٩ الطعن ١٢٧١ السنة ٤٥ منشور في مجلة القضاة الفصلية عام ١٩٩٠ .

١٧٨ مدني أن يقع الضرر بفعل الشئ مما يقتضي هذا التدخل للشئ تدخلا إيجابيا في إحداث الضرر ، فإذا دفع الحارس هذه المسئولية أمام محكمة الموضوع أن المتوفي هو الذي دخل إلي حيث توجد آبار الفضلات في كل مكان يحرم عليه بحكم اللوائح دخوله . ومن ثم فلا وجود أو تدخل إيجابي من الشئ ولا يقام للمسئولية عن حراسته أيضا " .

٢-الأساس القانوني لمسئولية حارس الأشياء ودفع هذه المسئولية:

تستند هذه المسئولية علي الخطأ المفترض في الحراسة ، فإذا وقع الضرر بفعل الشئ فيفترض أن زمامه قد أفلت . وأن حارسة فقد السيطرة الفعلية عليه . وهذا هوالخطأ المفترض في جانبه ، فلا يكلف المضرور بإثباته ، بل يكفيه أن يثبت أن الضرر وقع بتدخل إيجابي من آلة ميكانيكية أو من شئ تتطلب حراسته عناية خاصة ، فيفترض عندئذ أن ذلك يرجع إلي خطأ في الحراسة ، والأصل أن حارس الشئ هو مالكه . فلا يكلف المضرور أن يثبت أن المالك هو الحارس ، ولكن المالك يستطيع أن يثبت أن الشئ لم يكن في حراسته وقت وقوع الضرر . وهذا الخطأ المفترض لا يقبل إثبات العكس . وقد أكدت محكمة النقض هذا المبدأ فقضت في حكم حديث نسبيا لها (١) " أن المسئولية المقررة في

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٩/٤/١٢ ، الطعن رقم ١٠٧٢ السنة ٤٥ منشور فى مجلة القضاة الفصلية عام ١٩٩٠.

المادة ١٧٨ مدني تقوم علي أساس حطأ مفترض وقوعه من الحارس للشئ إفتراضا لايقبل العكس ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت الحارس وقوع الضرر بسبب أجنبي لا يد له فيه .

وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ الغير ، ولكن يثورالتساؤل عما أورده المشرع في نهاية نص المادة ١٧٨ مدني "......... مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة " ،

هل الخطأ المفترض هو أساس المسئولية عن الأشياء في كل الأحوال ؟ وما الذي دعا المشرع إلي إيراد هذه العبارة الأخيرة في ختام النص ؟ .

لقد علق البعض في الفقه (١) أن المشرع في عجز النص المشار إليه أقام مسئولية حارس الآشياء أساسا علي الخطأ المفترض ولا يستطيع التنصل من المسئولية مالم يثبت أن وقوع الضرركان بسبب أجنبي لا يد له فيه . إذ أرود العبارة مع الإخلال في هذا الصدد بما تقرره قوانين العمل بالنسبة لمسئولية رب العمل عن حوادث العمل . إذ أن هذه المسئولية تقوم أساسا علي فكرة تحمل التبعة وليس علي أساس الخطأ المفترض .

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٣٠١.

الباب الثاني

الإثراء بلا سبب

تمهيد :

يقصد بالإثراء دون سبب أن يثري شخص علي حساب الغير دون قيام سبب قانوني لذلك ، وهذه قاعدة قديمة منذ القانون الروماني ، وهي مصدر أيضا من مصادر اللا لتزام الذي يعزي إلي قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ولم يرد نص في القانون المدني القديم يقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ، وإنما تضمن نصا غامضا تكلم في النصف الأول منه عن أركان الفضالة ، أما النصف الثاني خاصا بأحكام الإثراء بلا سبب ، وقد نظم المشرع المصري مبدأ الإثراء بلا سبب .

وقد نظم المشرع المصري مبدأ الإثراء بلا سبب وتطبيقاته في المواد من ١٧٩-١٩٧ مدني . ومن ثم فلا بد لنا من عرض للمبدأ العام وشروطه وآثاره ، ثم تطبيقاته بخصوص رد غير المستحق والفضالة ، وذلك كل في فصل مستقل به .

الفصل الأول

المبدأ العام للإثراء بلا سبب

النص التشريعي:

لقد تناول المشرع النص علي الإثراء بلا سبب في المادة ١٧٩ مدني التي جاء نصها " أن كل شخص ولو كان غير مميز يثري دون سبب مشروع علي حساب شخص آخر ، يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقي هذا الإلتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد ".

١

وقد إختلف الفقه في تأصيل هذا المبدأ العام للإثراد دون سبب ، فذهب البعض إلي رد هذا المبدأ إلي محاولة ربطه بنظرية الفضالة فالفضولي يجب أن يقصد تدبير شئون رب العمل . فإذا تخلف هذا القصد كانت الفضالة ناقصة وترتب علي ذلك أن المفتقر لا يرجع على الفضولي كل المصروفات الضرورية والنافعة ، وإنما يسترد فقط أقل القيمتين . قيمة الإثراء وقيمة الإفتقار . بينما ذهب البعض الآخر إلي رد القاعدة الإثراء بلا سبب إلي العمل غير المشروع ، فالإثراء عمل غير مشروع. فلا يجوز الاثراء بلا سبب علي حساب الغير لمن أثري به وإلا كان مرتكبا لخطأ يجعله مسئولا مسئولية تقصيرية .

أما الطريق الثالث ، فرد المبدأ إلي قاعدة تحمل التبعة التي توجب

أن من كان نشاطه غنما فعليه تحمل تبعته ، فكذلك الحال في الإثراء بلا سبب ، أن من كان نشاطه مصدرا لإثراء الغير فإنه يجني فائدة هذا النشاط ويكون له أن يسترد القيمة التي أضافها هذا النشاط للغير . ولكن الواقع يؤكد عدم دقة ما ذهب إليه الفقه في الإتجاهات الثلاثة سالفة الذكر . فالإثراء بلا سبب قاعدة مستقلة بذاتها لا تلحق بالفضالة ولا العمل غير المشروع ولا بتحمل التبعة وإنما يعتبر الإثراء بلا سبب مصدر من مصادر الإلتزام يستند مباشرة إلي قواعد العدالة ، وبإمعان النظر في هذا النص سالف الذكر نجد أنه يشترط لإعمال القاعدة العامة في الإثراء شروطا معينة وإذتوافرت هذه الشروط ما هي الآثار التي تترتب علي ذلك .وسوف نعرض لذلك كما يلي :-

١- شروط إعمال قاعدة الإثراء بلا سبب :- " اركانه "

يستخلص من نص المادة ١٧٩ مدني سالف الذكر عدة شروط يجب توافرها لإعمال قاعدة الإثراء بلا سبب ، وهذه الشروط هي :- إثراء المدين - إفتقار الدائن - السببية بين الإثراء والإفتقار - إنعدام السبب القانوني للإثراء . وسوف نعرض تفصيلا لهذه الشروط كما يلي :-

اولا : إثراء المدين :-

يقصد بإثراء المدين حصوله علي فائدة كحق يكسبه مثل ذلك إذا

بني الدائن في أرض الغير فيكسب صاحب الأرض ملكية البناء طبقا لقواعد الإلتصاق (١) ، أو إذا حصل المستأجر الجديد علي قدر من الكهربا سحبه العداد الذي ركبه المستأجر السابق ولم يرفع سهوا وذهب البعض (٢) إلي أن للإثراء العديد من الصور فقد يكون الإثراء إيجابيا أو سلبيا ، مباشرا أو غير مباشر - ماديا أو معنويا . وسوف نعرض لهذه الصور كما يلي :-

أ - الإثراء الايجابى والسلبى :

الاثراء الايجابى يكون باضافة قيمة مالية الى ذمة المدين ومثل ذلك أن يقوم الحائز لعقار مرهون ببناء فى هذا العقار فيترتب على ذلك اثراء للدائن المرتهن الذى يزيد ضمانة نتيجة لهذا البناء ، أو يبقى المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء المدة . أما الاثراء السلبى فيتحقق اذا أدى عمل المفتقر الى نقص ما على المدين من ديون ومثل ذلك أن يوفى شخص دينا على آخر ، اذ يترتب على هذا نقص ما على الأخير من ديون .

ب - الاثراء المباشر وغير المباشر :

يكون الاثراء مباشرا اذا تحقق دون وسيط ، ومثل ذلك بأن انتقلت

---

(١) راجع للمؤلف : حق الملكية فقها وقضاء عام ١٩٩٤ ص ٢٢١.
(٢) راجع د/ عبدالودود يحى ، المرجع السابق ، ص ٣١٧.

القيمة مباشرة من مال المفتقر الى مال المشترى . كما لو قام المفتقر بدفع ديون غيره أو أصلح تلفا أصاب مال الجار . أما الاثراء غير المباشر . فيكون بتدخل الوسيط ومثل ذلك أن يلقى ربان السفينة ببعض ما تحمله من بضائع فى البحر لينقذ الباقى .

ج - الاثراء المادى والمعنوى :

يكون الاثراء ماديا ، اذا تمثل فى صورة حق مالى أو منفعة مادية تنتقل من مال المفتقر الى مال المثرى ومثل ذلك أن يقوم مقاول ببناء على اتفاق مع المستأجر باجراء زيادات أو تحسينات فى العين المؤجرة ، فيثرى المؤجر بقدر هذه التحسينات أو تلك الزيادات . أما الإثراء المعنوى اذا كانت قيمته ليست مادية طالما أمكن تقدير هذه القيمة بالنقود.

ثانيا : افتقار الدائن :

يجمع الفقه فى مصر (١)، على أن الافتقار يكون بارتكابه خسارة وفوات منفعة . وهذه الخسارة تكون متمثلة فى مال ينفقة . كما لو أقام الدائن بناء على أرض يملكها المدين . أو قام باصلاحات فى منزل هذا الأخير . أما فوات المنفعة . كأن يؤدى الدائن عملا يفيد منه المدين مثل

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ٣١٨.

تقديم رسم هندسى . وقد ذهب أستاذنا الكبير الدكتور / السنهورى (١). بأنه اذا أنشأ شخص حديقة فى منزل يطل عليها منزل للجار . وجمل هذه الحديقة حتى أصبحت سببا فى رفع قيمة منزل الجار ، فالجار فى هذه الحالة يكون قد أثرى . ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر ، فانه أنشأ الحديقة لمنفعة . وقد جنى هذه المنفعة كاملة ، وما أنفقه فى انشاء الحديقة قد عاد عليه بالفائدة التي قدرها . فهو قد أخذ المقابل لما أنفقه ولم يخسر شيئا . فلا يرجع بشئ على جاره ".

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ فقضت (٢)وأن شرط افتقار المدعى هو شرط جوهرى لدعوى الرجوع استنادا لقاعدة الاثراء بلا سبب ".

ثالثا : علاقة السببية بين الاثراء والافتقار

يجب أن تقوم صلة سببية مباشرة بين الاثراء والافتقار ، بأن يكون اثراء المدين نتيجة لافتقار الدائن بحيث لم يكن ذلك الاثراء ليتحقق لولا هذا الافتقار . ومن ثم لا تقوم علاقة السببية بين اتساع رقعة المدينة وارتفاع قيمة مبانيها ، كما لا تقوم فى حالة ما أقرض بنك نقود لشركة ، وقامت الأخيرة باقتراض هذا المبلغ لأحد الأشخاص (٣)، ويجوز اثبات

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط ج ١ فقرة ٧٦٥.

(٢) انظر نقض مدنى ١٩٦١/١٢/٢٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٢.

(٣) أنظر نقض مدنى ١٩٧٧/١١/١٦ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٨ ، ص ١٧٠٣ الطعن ٤٢١.

الاثراء والافتقار بكل طرائق الاثبات المختلفة باعتباهما من الوقائع المادية ، والتمسك بقاعدة الاثراء من الدفوع الجوهرية التي يجب على المحكمة أن ترد عليه ، بإعتبار أنه دفع يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الدعوى ، والتأكد من واقعة الاثراء والافتقار من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضى الموضوع دون خضوعه لنطاق الرقابة القضائية التي تباشرها محكمة الموضوع .

رابعا : انعدام السبب القانونى

يقصد بسبب الاثراء المصدر الذى يكسب المثرى الاثراء ، قد يكون مصدر الاثراء العقد مثل حق الموهوب له ، فلا يجوز للواهب الرجوع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب ، اذ لا محل لتطبيق هذا المبدأ عند وجود عقد يحكم علاقة الطرفين .

وقضت محكمة النقض تأكيدا لذلك (١). " أن أحكام العقد هى المرجع فى تحديد حقوق وواجبات كل من الطرفين قبل الآخر " . وقد يكون مصدر الاثراء نص القانون فيمتنع أيضا الرد لأن المثرى يكون قد أثرى بسبب قانوني ومثاله التقادم ، فلا يجوز للمفتقر الرجوع على المشترى لأن الأخير له سبب قانونى في الاثراء - فيجب لاعمال القاعدة

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ، ص ٣٢٠.

تجرد الاثراء عن سبب يبرره ، ذلك أن الاثراء أن كان له سبب فى العقد أو نص القانون فلا محل لاسترداده . ويكون للمثرى أن يحتفظ به مادام أن له سببا يبرر الحصول عليه . ومن ثم اذا أبطل العقد ولم يوجد سبب يخول استرداد ما دفعه أحد الطرفين ، فلا يكون رجوعه الا بدعوى الاثراء بلا سبب (١).

٢ - آثار الاثراء بلا سبب : دعوى الاثراء بلا سبب

اذا توافرت الشروط الأربعة سالفة الذكر نشأ في ذمة المثرى التزاما بالتعويض للمفتقر . ومن هنا يعتبر الاثراء بلا سبب مصدرا للالتزام . وينشأ هذا الالتزام ولو كان المثرى غير مميز لأن نشوؤه لا يستند الى ارادته (٢).

ولكن ما هى وسيلة المفتقر للحصول على هذا التعويض ؟ لا سبيل أمامه سوى دعوى الاثراء بلا سبب . ومن ثم سوف نعرض تفصيلا للدعوى من حيث طرفا الدعوى - اثباتها - تقادمها - حدود التعويض فيها ، وذلك على النحو التالى :

أ - دعوى الاثراء بلا سبب وأشخاصها :

دعوي الاثراء ماهى الا مثل أى دعوى قضائية لكنها تستند فى

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحى المرجع السابق ص ٣٢٠.

(٢) راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٤١.

أساسها القانوني على نص المادة ١٧٩ مدنى وأشخاصها ، أى المدعى فيها هو المفتقر والمدعي عليه هو المثرى .، والمدعى المفتقر هو الذى له الحق فى المطالبة بالتعويض عما لحقه من افتقار فى حدودها ماعد علي الطرف الآخر من اثراء . ولا يشترط فيه أهلية معينة . فناقص الأهلية يصح أن يكون مفتقرا اذا أثرى على حسابه شخص آخر دون سبب قانونى . ويحل محل المفتقر الخلف سواء كان عاما أم خاصا ، واذا تعدد المفتقرون ، كما لو أثرى شخص على حساب شركاء على الشيوع كان كل منهم دائنا للمثرى بقدر نصيبه فى التعويض دون تضامن بينهم . وأما المدعى عليه فهو المثرى . اذ هو المسئول عن تعويض الضرر للمفتقر . ولا يشترط فيه أهلية معينة ، فيجوز أن يكون المثرى غير مميز ويلتزم بموجب الاثراء . غير أنه يلاحظ اذا لم يكن المشترى كامل الأهلية فانه لايحاسب الا على ماعاد عليه منفعة ، ويحل محل المثرى خلفه العام أو الخاص أو النائب عنه . واذا تعدد المثرى كان كل منهم مسئولا بقدر نصيبه دون تضامن فيما بينهم .

ب - اثبات الدعوى :

يعتبر المفتقر هو الدائن وبالتالى يقع عليه عبء اثبات الاثراء بلا سبب ، فعليه اثبات قيام الالتزام في ذمة المثرى وهو المدين . ويستطيع المفتقر أن يثبت ذلك بكافة طرق الاثبات ، لأن الاثراء والافتقار واقعة

مادية . فيجوز أن يثبت بالمعاينة وأهل الخبرة وشهادة الشهود والقرائن هذا الاثبات (١).

ج - تقادمها :

أورد المشرع المصرى النص بالتقادم فى المادة ١٨٠ مدنى التى جاء نصها " تسقط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقه الخسارة بحقه فى التعويض وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق ".

يتضح من هذا النص أن دعوى الاثراء بلا سبب تتقادم بأقصر المدتين اما بثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المفتقر بحقه فى التعويض أى من يوم العلم بافتقاره وممن أثرى على حسابه . واما بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام ، أى من وقت واقعة الاثراء على حساب الغير حتى ولو لم يكن المفتقر قد علم بافتقاره ، وبمن أثرى على حسابه.

د - مقدار التعويض عند تحقق الاثراء :

نظم المشرع المصرى قدر هذا التعويض فى المادة ١٧٩ مدنى " يلتزم المثرى فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الاثراء فيما بعد ".

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ص ٣٢٧.

بامعان النظر فى هذا النص نجد أنه يلزم المثرى بتعويض المفتقر بما أفتقر به ولكن فى حدود ما عاد عليه من اثراء . أى يلتزم برد أقل القيمتين . قيمة ما أثرى به ، وقيمة ما أفتقر به الدائن ، ويقدر الاثراء بالقيمة المالية التي أضيفت الى ذمة المثرى أو قيمة المنفعة التي حصل عليها . وهذا التقدير يكون وقت وقوعه ، لأن هذا الوقت هو الذى نشأ فيه الالتزام الملقى على عاتق المثرى بتعويض المفتقر . ولا عبرة بحسن أو سوء نية المثرى ، ويخصم القاضى من قيمة الاثراء ما يكون المثرى قد أنفقه من مصاريف للحصول علي هذا الاثراء . ويقدر الافتقار بنفس طريقة تقدير الاثراء ، القيمة المالية التي خرجت من ذمة المفتقر أو قيمة المنفعة التي فقدها أو الخدمة التي أداها . ولكن على عكس الاثراء الذى يقدر وقت تحققه ، فيقدر الافتقار وقت صدور الحكم (١) قياسا على حكم التعويض فى المسئولية التقصيرية . ويرجع هذا الخلاف فى وقت التقدير الى أن طبيعة الاثراء تسمح بتقديره عند وقوعه . ولا أهمية لما يطرأ عليه بعد ذلك من زيادة أو نقص لأنه دخل بصفة نهائية فى ملك المثرى الذى يتحمل بعد ذلك ما يطرأ عليه من تغيير . أما الافتقار فهو قابل للتغيير مثل الضرر تماما ، ولذلك لا تسمح طبيعته بتقديره على وجه نهائى الا وقت صدور الحكم (٢) .

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٧٠/٣/١٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢١ ، ص ٤٥.

(٢) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ج ١ ص ١١٨ ، فقرة ٢١٢.

الفصل الثانى

رد غير المستحق

تمهيد :

يقصد بدفع غير المستحق قيام شخص بالوفاء بدين غير مستحق عليه فيترتب على هذا الوفاء نشوء التزام فى ذمة المدفوع له بالرد الى الموفى . أى رد ما أخذ دون حق ، لأن احتفاظه به يعتبر اثراء على حساب الغير . وقد تناول المشرع تنظيم هذا الالتزام بالرد لغير المستحق فى المواد من ١١١ حتى ١٨٧ مدني من حيث أوضح شروط قيام الالتزام وأحكامه وسقوط الدعوى باسترداد غير المستحق .

ولما كانت هذه الأحكام العامة تحتاج الى مزيد من التفاصيل . فاننا سوف نعرض لها كما يلى :

١ - شروط قيام الالتزام برد غير المستحق

لقد تناول المشرع هذه الشروط فى المواد التالية :

المادة ١٨١ مدنى " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له . وجب عليه رده . على أنه لا محل للرد اذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه الا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء ".

ثم المادة ١٨٢ مدنى " يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذ الالتزام لم يتحقق بسببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق .

وجاء نص المادة ١٨٣ مدنى " يصح كذلك استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله . وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما انفقه بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر ، فاذا كان الالتزام لم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل ".

وأخيرا المادة ١٨٤ مدنى " لا محل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين . وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات ، أو ترك دعواه قبل المدين الأصلى تسقط بالتقادم ، ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء " .

يتضح من هذه النصوص التشريعية أنه يجب لقيام الالتزام برد غير المستحق ثلاثة شروط هى :

١ - الوفاء بدين غير مستحق

٢ - اعتقاد الموفى أنه ملزم بالدين .

٣ - تجرد الموفى له حسن النيـة من سند الدين أو تأمـينه أو عدم تركه دعواه تسقط بالتقادم .

وسوف نتولى تباعا شرح هذه الشروط كما يلى :

اولا : الوفاء بدين غير مستحق :

قد يكون الدين الموفى به غير موجود أصلا كأن ينفذ الوارث وصية ثم يظهـر أن الموصى قـد عدل عنهـا قبل وفـاته . أو يكون مصـدر الدين عقد باطل. ويكون الدين منعدما بالنسبة للموفى اذا كـان قـائمـا في ذمـة غيره أو منعدما بالنسبة للموفى له اذا كان الدائن غيره . وقد يكون الدين موجودا ولكنه لم يستحق وقت الوفـاء به بأن كـان مضافـا الى أجل واقف ووفى به قبل حلول الأجل أو معلقا على شرط واقف ووفى به قبل تحقق الشرط . وقد يكون الدين انقضى وقت الوفـاء به بأحد أسباب الانقضـاء . ويصدر الوفـاء في هذه الفروض عـادة نتيجة لغلط وقع فيه الموفى [١] . ومن ثم تقوم قرينة علي هذا الغلط لمصلحته تعفيه من عبء اقامة الدليل عليه [٢]. وإنما يجوز للموفى له نقض هذه القرينة بأن يثبت علم الموفى وقت الوفـاء به ما لم يكن ملزما به . فـاذا ثبت ذلك قـامت قرينة قـانونيـة أخرى هى الآن فى مصلحة المدفوع له على أن الدفع مع العلم بأن الدين غير مستحق انما أراد به الدافع أمرا لا يجيز له استرداد مادفع [٣] . مثل

---

(١) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٠.
(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٤٦.
(٣) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ج ١ فقرة ٨٢٥ .

التبرع للموفى له ، أو انتقاله للمدين الحقيقى أو النزول عن الأجل . على أن الموفى يجيز له أن ينقضى هذه الطريقة الأخيرة بأن يقيم الدليل على أنه كـان ناقص الأهليـة وقت الوفـاء الذى يكون من ثم قـابلا للابطال لمصلحته . أو أنه كان مكرها على الوفاء كاضطراره اليه توقيا لحجز ادارى[1].

ثانيا : اعتقاد الموفى انه ملزم الدين

يجب لقيـام التزام برد غيـر المسـتحق أن يكون الموفى قد قـام بالوفـاء عن غلط . أى يكون غيـر عـالم بأنه ملزم بالوفـاء والغلط هنا مفترض ، اذ ليس من المنطق والواقع أن يقـوم شخص بوفـاء دين الا اذا كان معتقدا أن الدين مستحق وواجب الأداء . وهذا ما سبق أن ذكرناه سلفا فى الحديث عن الشرط السابق عندما تقضى قرينة الاثبات باثبات أحد الفرضين أنه كان ناقص الأهلية أو أنه أكره على الوفاء [2] .

ثالثا : تجرد الموفى له حسن النية من سند الدين وتأميناته او عدم تركه دعواه تسقط بالتقادم

رأى المشرع فى المادة ١٨٤ مدنى سالف الذكر حماية للدائن حسن النية حرمان الموفى من الرجوع على الدائن بدعوى استرداد غير المستحق

---

(١) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ، ج١ فقرة ٨٢٥.

(٢) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ص ٣٣٢.

اذا كان هذا الدائن اعتمادا على الوفاء الحاصل له . وقد تجرد من سند دينه بأن أعدمه . أو تجرد من التأمينات التي تضمن له الوفاء بهذا الدين ، كأن أهمل فى قيد الرهن أو ابراء ذمة الكفيل . أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم ، ولكن اذا كان الموفى لا يستطيع أن يرجع على الدائن حسن النية فانه يستطيع أن يرجع على المدين الحقيقى بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة ، لأن هذا الأخير وقد انقضى دينه بالوفاء الذى تم يكون قد أثرى بلا سبب على حساب الموفى .

احكام دفع غير المستحق

اذا توافرت الشروط السابقة فان هناك التزامات تنشأ بالرد فى ذمة الموفى له . وقد أوضح المشرع المصرى هذه الأحكام فى المادة ١٨٥ مدنى التي جاء نصها " اذا كان من تسلم غير المستحق حسن المنية فلا يلتزم الا برد ما تسلمه . أما اذا كان سيئ النية فانه يلتزم بالرد أيضا مع الفوائد والأرباح التي جناها الا برد ما تسمله . أما اذا كان سيئ النية . فانه يلتزم بالرد أيضا مع الفوائد والأرباح التي جناها والتي قصر فى جنيها من الشئ الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء ، ومن اليوم الذى أصبح فيه سيئ النية ، وعلي أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى " .

بامعان النظر فى هذا النص - المشار اليه سلفا - نجد أن المشرع

وضع أحكاما خاصة برد غير المستحق مفرقا بين ما اذا كان الموفى له حسن النية أو سئ النية . ووضع حكما خاصا بالوفاء لناقص الأهلية والوفاء بدين قبل حلول أجله ، وسوف نعرض فيما يلى لهذه الأحكام على النحو التالى :

١ - حالة ما اذا كان الموفى له حسن النية

اذا كان الموفى له حسن النية فانه لا يلتزم الا برد عين ما تسمله العين بعوض . فانه يلتزم بأن يرد للموفى قدر العوض الذى أخذه . أما اذا كان التصرف تبرعا فانه لا يلتزم برد الشئ ، وفى علاقة الموفى بالغير الذى انتقلت اليه الملكية يستطيع الموفى أن يسترد العين من الغير بدعوى الاستحقاق ، الا اذا كان الغير قد كسب ملكية العين بسبب كالتقادم المكسب أو الحيازة فى المنقول ، فلا يرجع الموفى عليه بشئ فى هذه الحالة ، يستوى أن يكون الغير قد تلقى الشئ محل الرد معاوضة أو تبرعا .

ب - حالة ما اذا كان الموفى له سئ النية :

ذهب البعض إلى أن الموفى له يعتبر سئ النية [١]، إذا كان يعلم أن تسلم شيئا غير مستحق له ، أو إذا كان قد تسلم الشئ حسن نية ، ثم علم بعد ذلك أن ما تسمله كان بغير حق ، ويفترض أن الموفى له سئ

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى المرجع السابق ، ص ٣٣٧.

النية من تاريخ المطالبة القضائية بالرد [١]، وقد أورد المشرع القاعدة العامة بالرد فى هذه الحالة " أنه إذا كان الموفى له سئ النية فيلتزم فضلا عن رد عين ما تسلمه أو قدره بالفوائد والأرباح التى جناها أو التى يفترض جنيها من الشئ الذى تسلمه بغير حق . وذلك من يوم الوفاء ، اذا كان يعلم بتسلمه غير ما هو مستحق له ، أو من اليوم الذى أصبح فيه سئ النية اذ لم يعلم بذلك الا فى وقت لاحق على الوفاء . اذا كان معينا بالذات أو مثل ما تسلمه اذا كان غير معين الا بنوعه [٢]. ويقصد بحسن النية أن يعتقد الموفى له أنه يتسلم ما هو مستحق له ويفترض حسن النية للموفى له ، فاذا أدعى الموفى سوء النية فيقع عليه عبء الاثبات ، وذلك بكافة طرق الاثبات ، ويختلف مضمون الرد بحسب محل الالتزام ، فان كان ما تسلمه الموفى له حسن النية نقودا فان الموفى له يلتزم بردها بمقدارها بصرف النظر عن تغيير قيمة النقود وقت الرد عن قيمتها وقت الدفع . واذا كان المدفوع أشياء مثلية فانه يلتزم بالرد أو برد مثلها اذا كان قد استهلكها . أما الفوائد والثمار فانه لا يلتزم بردها لأنه حسن النية . ولكن يلتزم بالرد لها من وقت رفع الدعوى ، اذ من ذلك الوقت يصبح سئ النية [٣]. واذا كان المدفوع عينا معينة بالذات مثل منزل أو سيارة فانه يلتزم بالرد دون أن يكون ملزما برد ثماره مادام حسن النية ، لأن

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٩٦٩/٣/٢٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٠ ، ص ١٢١.
(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥٧١.
(٣) راجع د/ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧.

الثمار الطبيعية تعتبر مقبوضة من يوم فصلها [1]. والثمار المدنية كالأجرة تعتبر مقبوضة يوما بيوما [2]. أما بخصوص المصروفات . فانه يجب التمييز بين أحوال ثلاثة ما اذا كانت مصاريف ضرورية أو منفعة أو كمالية . ففى الحالة الأولى ، قد أورد المشرع حكمها فى المادة ١/٩٨٠ مدنى . وقد أوجب المشرع للموفى له استرداد هذه المصاريف الضرورية التي انفقت فى حماته وحفظ الشئ من التلف .

وأما الحالة الثانية : فقد أورد المشرع أيضا لها فى المادة ٩٢٥ مدنى " يكون المالك المسترد بالخيار أما أن يدفع للحائز قيمة ما أنفقه ، واما أن يدفع ما زاد فى قيمة العين بسبب هذه المصروفات .

أما فى الحالة الثالثة : فحكمها ورد فى المادة ٣/٩٨٠ مدنى مصرى ، وهذه لا يستطيع الموفى له أن يرجع على الموفى بها ، ولكن الموفى له باعتباره الحائز يستطيع أن ينزع ما أستحدثه بشرط أن يعيد الشئ الى حالته الأولى ، الا اذا اختار الموفى المالك ابقائها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة ، ولكن يثور التساؤل ما حكم هلاك أو تلف الشئ أو العين المطلوب ردها ؟ وما الحكم أيضا فى حالة تصرف الموفى له فى العين محل الرد وانتقالها الى الغير.

للاجابة على التساؤل الأول ... نرى أن الموفى له حسن النية

---

(١) راجع نص المادة ٩٧٨ مدنى مصرى .

(٢) راجع د/ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٢.

لايكون مسئولا عن هلاك العين أو تلفها ، الا اذا وقع ذلك بخطأ منه . ويقع على عاتق الموفى أن يثبت خطأ الموفى له الذى أدي الى الهلاك أو التلف ، أما اذا استعمل الموفى له العين الاستعمال العادى وهلكت أو تلفت فلا يكون مسئولا الا بقدر ما يكون قد عاد عليه من فائدة .

أما الاجابة عن التساؤل الثانى : أنه اذا كان الموفى له قد تصرف فيه أو اذا هلكت العين أو تلفت فى يده ، يكون مسئولا عن الهلاك أو التلف ولو كان ناشئا عن قوة قاهرة الا اذا أثبت أن العين كانت تهلك أو تتلف ولو كانت باقية فى يد الموفى ، واذا تصرف فى العين فان كان التصرف معاوضة التزم قبل الموفى أن يرد اليه العين . وذلك باسترجاعها من الغير الذى تصرف له فيها ، فاذا لم يستطيع كان الموفى مخيرا بين قيمة العين وبين العوض الذى أخذه فى مقابلها .

ولا يكون التصرف على كل حال نافذا فى مواجهة الموفى الذى يكون له استرداد العين من المتصرف اليه بدعوى الاستحقاق الا اذا كان هذا الأخير قد كسب ملكيتها بسبب آخر ، ولا يسترد الموفى له المصاريف التي انفقها على العين الا فى الحدود التي يجوز للحائر سئ النية أن يسترد النفقات[١].

أحكام خاصة :

لقد تناول المشرع حكما خاصا فى المادة ١٨٣ مدنى وهو حالة

---

(١) راجع مؤلفنا حق الملكية فقها وقضاء عام ١٩٩٤ ص ٤١٢.

الوفاء بدين لم يحل أجله . وفى المادة ١٨٦ مدنى حالة الوفاء لناقص الأهلية . وسوف نتعرض للحالتين كما يلى :

اولا : الوفاء بدين مؤجل قبل حلول الاجل

أورد المشرع هذا الفرض فى عجز المادة ١٨٣ " يصبح كذلك استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا القيام لهذا الأجل . علي أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر " فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل .

بامعان النظر فى هذا النص نجد أن المدين قد يوفى بالدين المؤجل وهو جاهل بقيام الأجل أو كان مكرها على الوفاء فى هذه الحالة فقط يستطيع الموفي أن يسترد ما وفاه .

أما إذا وفى وهو عالم قيام الأجل ولم يكن مكرها على الوفاء ، فان هذا يعتبر تنازلا منه عن الأجل ، ولا يستطيع أن يرجع على الدائن بشئ . ومع أن الأصل أن المدين يستطيع أن يسترد ما وفاه بدعوى دفع غير المستحق . الا أن المشرع أجاز للدائن أن يقتصر فى مطالبته على رد ما أستفاده من هذا الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر .

وذلك بدلا من أن يرد المدين ثم يعود لاستيفائه ثانية عند حلول الأجل . فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانونى أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل .

ثانيا : الوفاء لناقص الأهلية

تناول المشرع فى المادة ١٨٦ حكما خاصا بناقص الأهلية فجاء النص كما يلي " واذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزما الا برد ما أثرى به ".

يقصد بناقص الأهلية عدم توافر أهلية التعاقد أى عدم بلوغ سن الرشد سواء كان من لم يبلغ هذه السن قاصرا كما هو الغالب الأعم من الحالات أو كان غير مميزا ، أو من هو فى حكم القاصر أو غير المميز ، ومن ثم يكون حكم المادة ١٨٦ مدنى سالف الذكر حكم استثنائى[١]، ذلك أن الالتزام بالرد مصدره واقعة قانونية ، ومن ثم فالأفضل ألا تثور مسألة الأهلية لا من حيث قيام الالتزام ولا من حيث مداه ، ومع ذلك فقد ربط المشرع بين مدى الالتزام بالرد وبين توافر أهلية التعاقد . غير أن ناقص الأهلية لا يرد الا ما عاد عليه من نفع فعلى ، يستوى أن يكون حسن النية أو سئ النية . فاذا هلك الشئ أو تلف وهو بين يديه ، فإنه ينظر هل كان ذلك بخطأ منه أو بسبب أجنبى ؟ وفى الثانية : لا يرد شيئا ما . أما فى الحالة الأولى : فيفرق بين ما اذا كان مميزا أو غير مميز .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة – المرجع السابق – ص ٣٦٥.

فى حالة التمييز يحاسب على أساس المسئولية التقصيرية ، وفى حالة عدم التمييز فانه لا يحاسب لعدم قصد وقوع خطأ منه . ولا يرجع عليه بدعوى غير المستحق لأنه لم يعد عليه أى نفع ، اللهم الا اذا حصل على عوض نتيجة هذا الهلاك أو التلف ، فانه يلتزم برد هذا العوض .

أما اذا كان قد تصرف فى الشئ وتصرفه يكون قابلا للابطال بحسب الأحوال ، فانه لا يلتزم الا بالرد لما قبضه حيث يكون قاصرا وتصرف بمقابل ولم يطلب الابطال . اما اذا تبرع أو عاوض وهو لم يبلغ سن التمييز ، فان تصرفه يكون باطلا مطلقا ... ويعتبر الشئ كأنه بين يديه وقد قضت محكمة النقض المصرية [1]، تأكيدا لهذا المبدأ " أن نص المادة ٢/١٤٢ مدني تنص على أن ناقص الأهلية لا يلتزم اذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . بما يعني أن " فى هذه الحالة لا يكون واجبا الا طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب عملا بالمادة ١٨٦ مدنى ".

تقادم دعوى غير المستحق

تناول المشرع المصرى فى المادة ١٨٧ مدني الحديث عن تقادم دعوي الاسترداد ، وجاء النص كما يلى :

" تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء الثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من وقع غير المستحق بحقه فى الاسترداد ،

(١) زنظر نقض مدنى ١٩٧٩/٣/١٥ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ٤٦ الطعن ٤٢٠.

وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق " .

ولكن قبل الحديث عن التقادم فانه يعن لنا التعرض لسقوط حق الموفى فى الاسترداد والذى تناوله المشرع فى المادة ١٨٤ مدنى التي جاء نصها " لا محل للاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند المديونية أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء " .

ونود أن نعرض تعليق مذكرة المشروع التمهيدى على هذا النص " أنه اذا قام غير المدين بوفاء الدين معتقدا أنه ملزم بأدائه فمن حقه أن يسترد ما أدى وفقا للقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق سواء كان حسن النية أم سئ النية .

ومع ذلك رؤى اختصاص الدائن بقسط من الرعاية فأسقط عنه الالتزام بالرد اذا ترتب على استيفائه ما أدى الغير ضرر بحقه " .ويرى البعض فى الفقه أن سقوط الحق الموفى هو احدى صور التقادم الوارد فى المادة ١٨٧ لرد غير المستحق [١]. وقد سبق لنا معالجة هذه الحالة مقررين أنه يجب توافر شرطان لاعمال نص المادة ١٨٤ مدنى ، وهما : ١

(١) راجع د/ عبدالودود يحى - المرجع السابق - ص ٣٤٢.

- أن يكون هناك وفاء للدين من غير المدين . ٢ - الاضرار بالدائن حسن النية . واذا توافر هذان الشرطان سقط حق الموفى فى الرجوع على الموفى له . ويبدو أن هذا السقوط يكون على سبيل التعويض ، فالموفى قد أوفى وترتب على وفائه أن اتخذ الموفى له موقفا ايجابيا أو سلبيا أدي الى عدم استطاعته الرجوع على المدين الحقيقي [١].

ولا شك أن الضرر هنا أمره واضح ، كما أنه نشأ عن مسلك الموفى ، فلولا الوفاء لما تجرد الدائن من سند دينه أو ترك دعواه تسقط بالتقادم.

أما أمر الخطأ فليس واضحا بالمرة ... وأما عن التقادم الوارد فى المادة ١٨٧ مدني فباستطلاع النص المذكور يتضح منه بجلاء أن دعوي استرداد غير المستحق تسقط بأقصر المدتين ، أما بثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه الموفى بحقه فى الاسترداد ، أى من وقت أن علم بأنه دفع دينا غير مستحق عليه ، إما خمس عشر سنة من يوم قيام الالتزام ، أى من يوم دفع غير المستحق حتى ولو كان الموفى له سئ النية.

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٦٨.

الفصل الثالث

الفضـــــــالة

النص التشريعى :

عالج المشرع المصرى الفضالة فى ثلاثة مواد هى : ١٨٨ - ١٨٩ - ١٩٠ مدني ، فجاء النص فى المادة ١٨٨ مدنى :

" الفضالة هى أن يعوض شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك " .

أما المادة ١٨٩ مدنى " فتتحقق الفضالة ولو كان الفضولى أثناء توليه شأنا لنفسه ، قد تولى شأن لغيره لما بين الشيئين من ارتباط لايمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر ".

ثم جاء نص المادة ١٩٠ مدنى " تسرعى قواعد الوكالة اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى ".

يتضح من هذه النصوص المشار اليها سلفا أن المشرع تناول فى المادة الأولى لماهية الفضالة ، والثانية لشروطها والثالثة لسريان قواعد الوكالة على ماقام به الفضولى ، ولما كانت هذه أحكام عامة تحتاج الى تفاصيل فاننا سوف نتناولها من حيث ماهية الفضالة وتمييزها عن غيرها من المسميات كما لو كان الاثراء بلا سبب . ثم شروط الفضالة من حيث

الفضولى ، ورب العمل بشأن عملها ، ثم التعرض أيضا للآثار القانونية التي تترتب على توافرها ،

وأخيرا تقادم الدعاوى الناشئة عن أعمال الفضالة ، وذلك على النحو التالى :

اولا : ماهية الفضالة وتمييزها عن غيرها من المسميات :

لقد تعرض المشرع المصرى كما سبق القول فى المادة ١٨٨ مدنى لتعريف الفضالة وقرر أن الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك . ويذهب البعض فى الفقه [(١)]. " الى القول أن الفضالة تعكس التفضيل وليس التفضل ، فهى تقوم حين يتفضل شخص بالعناية بشئون آخر لأن العناية بها لا تطبيق الانتظار فليس المقصود بها أبدا العبث بشئون الغير . وانما مقصود بها المحافظة على هذه الشئون فهى تعكس قاعدة من قواعد السلوك الحسن ، والفضالة واقعة قانونية وليست تصرفا ، ومن ثم فانها تنشئ الالتزام متى توافرت شروطها بصرف النظر عما اذا كان الفضولى كامل الأهلية ، أو ناقصها ، والقول بهذا النظر ينفى أنها تطبيق من تطبيقات الالتزام بالارادة المنفردة التي ليست الا صورة من صورتى التصرف القانونى ".

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة – المرجع السابق – ص ٣٧٣.

تمييز الفضالة عن الوكالة

فى واقع الأمر هناك فوارق عامة بين الفضالة والوكالة ونوجزها فى:

أن الوكالة تصرف قانوني أما الفضالة واقعة قانونية ، والواقع فى الوكالة ملزما بالقيام بالعمل ، أما الفضولى فيشترط ألا يكون ملزما بالعمل ،، وسوف نوضح ذلك تفصيلا عند حديثنا عن شروط الفضالة بالنسبة للفضولى ، كما أن الوكالة لا تكون الا فى التصرفات القانونية ، أما الفضالة يمكن أن تكون بالنسبة للتصرف الذى أبرم أو الواقعة القانونية على حد سواء .

ويذهب أستاذنا الدكتور / أحمد سلامة الى القول أنه رغم[1] هذه الفوارق فانه من الممكن شمول الفضالة الى وكالة ، وذلك يكون اذا كان الفضولى يتولي القيام بتصرف قانونى ويقره رب العمل على ذلك . والعكس صحيح يمكن للوكالة أن تتحول الى فضالة في حالة ما اذا تجاوز الوكيل حدود وكالته أو استمر فيها بعد الانتهاء وتوافرت فيه شروط الفضالة .

تمييز الفضالة عن الاثراء بلا سبب :

لما كانت الفضالة تقوم علي التدخل في شئون الغير تبرره ضرورة هذا التدخل لرب العمل . وقصد الفضولى فى العمل لمصلحته ،

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، ص ٥٧٧.

فالفضولى يعتبر متفضلا ، وهذه الفكرة هى التي تميز الفضالة عن الاثراء بلا سبب [١]، وتجعلها تطبيقا خاصا له ينفرد بأحكام تميزه عنه ، ذلك أن مبدأ الاثراء بلا سبب اذا كان يقضى بتعويض الفضولى عما تكبده ، فان القصد لدى صاحب عمل يقتضى له تعويضا أكمل .

وسوف نرى فى هذه الدراسة أن من يتمسك بدعوي الفضالة يكون فى مركز أفضل من الذى يتمسك بدعوى الاثراء . ولهذا فان المشرع يتشدد فى شروط دعوى الفضالة بالنسبة لشروط دعوى الاثراء .

ثانيا شروط الفضالة :

يعبر الفقه عن هذه الشروط بما يسمى بأركان الفضالة [١]. وسوف نعرض فى دراستنا للفضالة للشروط التي يجب توافرها في الفضولى ثم للشروط التي يجب توافرها فى رب العمل . وأخيرا لشروط الشأن العاجل الذى قام به الفضولى على النحو التالى :

١ - شروط خاصة بالفضولى :

ويشترط شرطان فى الفضولى : ١ - ألا يكون ملتزما بالقيام بالشأن ، وألا يكون منهيا من القيام به . ب - أن يقصد الفضولى تولى شأنا للغير .

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٣٧٤.

أ - قيام الفضولى بالعمل وهو ليس ملتزما به ولا موكلا ولا منهيا عنه:

لقد أوضح نص المادة ١٨٨ مدنى هذا الشرط بنصه " .... دون أن يكون ملتزما بذلك " . ويقصد بتلك العبارة الالزام القانوني ، أى يكون هناك التزام بالمعنى الفنى على عاتق الفضولى بالقيام بالشأن العاجل لمصلحة رب العمل سواء كان هذا الالتزام ناشئا عن مجرد الاتفاق أو حكم القضاء أو بنص القانون . ومن ثم لا يعتبر فضوليا من يكون ملزما بتولى شأن بمقتضى عقد مثل الوكيل أو أن المحكمة كالحارس أو نص القانون كالولى أو الوصى .

وإذا كان قيام الفضولى نتيجة هذا الالتزام فانه يكون متبرعا بالعمل لمصلحة الغير [1]. وانما سيكون مدنيا يقوم بالوفاء بالتزامه قبل الدائن .

ويذهب البعض الى القول أن من يقوم بعمل ملتزم به أدبيا أو اجتماعيا فانه يعتبر فضوليا ، كذلك لا يعتبر فضوليا من يتولى شأنا عاجلا هو منهى عنه . بل أن تدخله فى هذه الحالة بعد ان انهاه رب العمل يعتبر خطأ موجبا للمسئولية اذا ما ترتب على تدخله ضرر لرب العمل . واذا عاد تدخله بمنفعة لرب العمل ، فانه يرجع بدعوى الاثراء اذا

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٦.
(٢) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٤٦.

توافرت شروطها ، والغالب أن يجهل رب العمل تدخل الفضولى ولكن من الممكن تحقق الفضالة اذا علم رب العمل بتدخل الفضولى ولكنه وقف موقفا سلبيا لا يقره ولا ينهاه . أما اذا أقره رب العمل فان الفضولى ينطبق عليه حكم الوكيل وهذا ما أفصح عنه المشرع فى عجز المادة ١٩٠ مدنى " لا تسرى الوكالة على ما أقره رب العمل بالنسبة للشأن العاجل الذى قام به الفضولى ".

ب - نية الفضولى فى العمل لمصلحة رب العمل :

" نية الفضالة "

يقصد بنية الفضالة أى قصد الفضالة أن يتولى الفضولى شأنا للغير عن قصد ، أى تنصرف نية الفضولى الي القيام بما تصدى له لحساب رب العمل . ومن ثم يكون المشرع قد أكتفى بتوافر نية القيام بأعمال الفضالة دون أن يشترط توافر نية الآثار القانونية لهذه الأعمال . ولنسوق المثال التالى لايضاح ذلك : فلو رأى شخص جدار فى منزل جاره قارب على الهدم فقام ببناءه " ، فيتحقق الشرط هنا اذ أن الفضولى قصد تولى شئون للغير ، ولا يشترط أن يكون القصد مقصودا شخصا بذاته . ويذهب البعض الى أنه يشترط أن يكون من ينسب اليه القصد مميزا [١]. ويمكن أن يكون القصد مشتركا أى يتوافر قصد الفضالة لدى الفضولى . وقصد

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة - نفس الموضع السابق ، ص ٣٧٥.

القيام بشأن لحساب الغير فى ذات الوقت ، ولا يشترط أيضا أن يكون قصد الفضالة ناتجا عن اختيار ، فالقصد يتوافر حتى ولو كانت الظروف هى التي دفعت اليه ، ومثال ذلك " لو أن شخص يملك منزلا على الشيوع . ثم قام بترميم جدار فى هذا المنزل للمحافظة على المنزل ، فقيامه بهذا العمل قصد به الحفاظ على مال غيره لأن لم يستطع الفصل بين الأمرين ، وهذا ما أكده المشرع المصرى بالنص عليه صراحة فى المادة ١٨٩ مدنى " فتتحقق الفضالة ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأنا لنفسه قد تولى شئونا لغيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر ". ١

واذا أنتفى قصد الفضالة انتفى قيامها ورجع الشخص بدعوي الإثراء وليس دعوى الفضالة ، وترتيبا على ذلك أن الفضولى لو ظن أنه يقوم بالعمل لحساب نفسه ثم إتضح أنه يعمل لحساب الغير فان القصد ينتفى لديه ولا قيام للفضالة .

٢ - شروط خاصة برب العمل :

لقد افصح المشرع فى المادة ١٩٠ مدنى عن هذا الشرط " تسرى قواعد الوكالة اذا أقر رب العمل ماقام به الفضولى ".

يتضح من العبارة الأخيرة " ... اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى " أن اقرار رب العمل هو الأمر الوحيد المطلوب منه ، فلا يطلب

منه سوى أن يكون قد رضى بأن يقوم الغير بما قام به ، لأنه اذ يرتض فان هذا الغير ينقلب الى وكيل اذا توافرت بقية شروط الوكالة ، ويستوى أن يكون الرضاء سابقا أو لاحقا على القيام بالشأن العاجل . ولكن يثور التساؤل هل تتوفر الفضالة في حالة علم رب العمل دون الاقرار الصريح منه لما قام به الفضولى .

ذهب المشرع فى مذكرة المشروع التمهيدى الى القول ؛ أن القرار أكثر من مجرد العمل اذ هو موقف ايجابى ومجرد لعلم لا يقيد الاقرار . والغالب أن رب العمل يجهل تصدى الفضولى للقيام بالعمل . فان علم لذلك ولم يفصح عن موقفه بالمعارضة أو الاقرار بقيت قواعد الفضالة " . واذا علم رب العمل بما قام به الفضولى ثم أجازه ، فان الاجازة اللاحقة تكون كالاذن السابق ، ولا يشترط توافر أهلية ما فى جانب رب العمل .

٣ - شروط خاصة بالشأن العاجل :

يقصد بالشأن العاجل ذلك العمل الذى يقوم به الفضولى لحساب رب العمل - ويجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

أ - أن يكون عملا ضروريا وعاجلا .

ب - أن يكون من أعمال الادارة

ج - قد يكون العمل تصرف قانونى أو عمل مادى .

وسوف نعرض لهذه الشروط تفصيلا كما يلى :

أ - أن يكون العمل ضروريا وعاجلا :

أن صفة الضرورة العاجلة هى التي تبرر حكم الفضالة ، فالفضولى يقوم مقام صاحب العمل . فلو كان الأخير يعلم بالواقع لما تراخى فى القيام بما قام به الفضولى . ويذهب البعض الى القول [1]. أن هناك تلازم ما بين كون العمل ضروريا وعاجلا وبين كونه مفيدا [2]، فصفة الاستعجال تفيد بطريق اللزم العقلى صفة النفع أو الفائدة ، فمن يقطع تقادما كان أن يوشك وقوعه ، أو من يبيع محصولا أشرف على التلف ، فانه يكون قد قام بعمل ضرورى ومفيد في ذات الوقت، ولا يشترط بقاء الفائدة ، بل المهم تحقيقها ، فمن يرمم منزلا كاد أن يسقط ثم احترق المنزل بعد ذلك وهلك ، فان الفضالة تكون متحققة فى هذه الحالة .

ب - أن يكون العمل من أعمال الادارة :

أبرز المشرع حقيقة هذا الشرط فيما جاء النص عليه في المادة ١٩٥ مدنى" يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل فى ادارته عناية الشخص المعتاد " ، وكذلك نص المادة ١٩٦ مدنى " اذا لم تتوافر أهلية التعاقد لا يكون مسئولا عن ادارتها الا بالقدر الذى أثرى به

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، المرجع السابق ص ٣٧٩.

(٢) راجع د. عبدالودود يحى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ ، لا يكفى أن يكون العمل مفيدا".

لقد أجمع الفقه على أنه لا يشترط فى الفضولى ثمة أهلية ، فكيف يبيح له اذن القيام بأعمال التصرف وهو شخص ناقص الأهلية لا يملك أن يقوم بهذا العمل لنفسه ؟ ومن ثم متى خرج الفضولى عن القيام بأعمال الادارة أو أعمال التصرف التي تقضتيها الادارة والتي تأخذ حكمها فانه لا يكون بحسب الأصل عمل فضالة .

ج - جواز أن يكون العمل تصرف قانونى أو عمل مادى

يجوز أن يكون العمل الذى يقوم به الفضولى تصرف قانونى . وهو يقوم به معلنا أنه يودى لحساب الغير فى بعض الأحيان . وفى البعض الآخر يقوم به دون اعلان ولكن نيته تنصرف الى أنه يعمل لحساب صاحب العمل .

ومثال ذلك " أن يتعاقد الفضولى مع مقاول على ترميم منزل للجار آيل للسقوط ، أو حين يقر اشتراطا لمصلحة الغير حتى يمنع المشترط من الرجوع فيه يعتبر فضوليا .

ويجوز أيضا أن يكون العمل ماديا . كأن يأوى صاحب الفندق فى فندقه جريحا ، أو يقوم الفضولى بايقاف حصان جامح ، ويكون اثبات العمل المادى بكافة طرق الاثبات القانونية .

ثالثا: آثار الفضالة :

اذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة فانه يترتب على عاتق الفضولى ورب العمل عدة التزامات حصرها المشرع فى المواد ابتداء من ١٩١ مدنى حتي ١٩٥ مدنى مصرى ، وسوف نعرض لهذه الالتزامات التي تقع على عاتق كل منهما على النحو التالى :

١ - التزامات الفضولى :

لقد تناول المشرع المصرى التزامات الفضولى فى نصوص المواد ١٩١ - ١٩٢ - ١٩٣ مدنى . فجاء نص المادة ١٩١ مدني " يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك " ثم جاء نص المادة ١٩٢ مدنى " يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى ويكون مسئولا عن خطئه ... ومع ذلك يجيز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ اذا كانت الظروف غير ذلك . فاذا عهد الفضولى الى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب ، واذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية " . ثم جاء نص المادة ١٩٣ مدنى " يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما أستولى عليه بسبب الفضالة .

وتقديم حساب عما قام به " بامعان النظر فى هذه النصوص التشريعية سالفة الذكر نجد أن هناك أربعة التزامات تقع على عاتق الفضولى هى :

أ - المضى فى العمل الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

ب - اخطار رب العمل بالتدخل متى كان ذلك ممكنا .

ج - بذل عناية الشخص المعتاد فى العمل .

د - تقديم حساب لرب العمل ورد ماتم الاستيلاء عليه بسبب الفضالة .

وسوف نعرض لهذه الالتزامات كما يلى :

أ - القيام بالعمل حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه :

يستقى العمل بهذا الالتزام من نص المادة ١٩١ مدني سالف الذكر ، وقد قصد المشرع تقرير هذا الالتزام على عاتق الفضولى أن يمنع التدخل فى شئون الغير . الا إذا كان المتدخل جادا فى تدخله لمصلحة رب العمل . ولذلك يجب عليه أن يستمر فى العمل الذى بدأه . حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . فاذا أصبح فى استطاعة رب العمل مباشرة العمل بنفسه سقط هذا الالتزام من على عاتق الفضولى .

ب - اخطار الفضولى لرب العمل متى كان ذلك ممكنا :

بعد أن جاء نص المادة ١٩١ مقررا التزاما على عاتق الفضولى فى المضى فى العمل الذى بدأه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته الزم المشرع الفضولى بالاخطار لرب العمل حتى يعلم بالشأن العاجل ويتدخل ، فالفضولى ليس ملزما فى الاستمرار فى العمل حتى تمامه ، ولكن لما كان لرب العمل أن يمنع الفضولى من هذا الاستمرار فانه يجب على الفضولى الاخطار بتدخل رب العمل حتى تتاح له فرصة اتمام هذا العمل ، ومتى تيسر له مباشرة العمل بنفسه ، كان من حقه وواجبه القيام بذلك.

ج - يجب على الفضولى بذل عناية الشخص المعتاد فى القيام بالشأن العاجل :

جاء النص علي ذلك فى عجز المادة ١٩٢ مدنى سالف الذكر ويستفاد من هذا النص أن التزام الفضولى هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة ، وهذه العناية المطلوبة هى عناية الشخص المعتاد ، فيجب ألا يتحرى الفضولى فى آداء العمل عن هذا السلوك المألوف للشخص المعتاد . ولكن نظرا لأن الفضولى منفصل فى تدخله لمصلحة رب العمل . فان الظروف كثيرا ما تبرر التخفيف من مسئوليته . فيقضى القاضى بالتعويض المستحق لرب العمل .

ثم تحدث المشرع فى الفقرة الثانية من ذات النص عن مسئولية

الفضولى فى حالة قيام غيره فى القيام بالشأن العاجل لمصلحة رب العمل . وقرر النص ان الفضولى مسئول عن تصرفات نائبه باعتباره تابعا له .

ويجوز لرب العمل الرجوع بدعوى مباشرة على نائبه الفضولى ، وهذا الخطأ الصادر من الفضولى ليس خطأ تقصيريا ، ولذلك لا يمكن القول بوجود تضامن بين الفضوليين اذا تعددوا الا اذا كان هناك نص على ذلك .

وقد اختتم النص فى التضامن بين الفضوليين اذا قاموا بعمل واحد وطبيعى أن التضامن لا يطبق الا اذا تعدد الفضوليين فى القيام بعمل واحد.

د - تقديم حساب لرب العمل ورد ما أستولى عليه الفضولى بسبب الفضالة :

تناول المشرع ذلك فى عجز نص المادة ١٩٣ مدنى سالف الذكر ، وبموجب هذا النص أن الفضولى يعتبر كالوكيل تماما ، ومن ثم يلتزم برد ما أستولى عليه بسبب الفضالة ، فاذا كان قد أستوفى حقا فانه يجب عليه الرد ولا يجوز له استخدامه لصالحه . كما يلتزم برد الفوائد من تاريخ الاعذار ، كما يجب عليه أيضا تقديم حساب لرب العمل عن الأعمال التي قام بها . اذ أن هذه الأعمال هى التي يقدر التعويض على أساسها قبل رب العمل .

٢ - التزامات رب العمل

تناول المشرع حصر التزامات رب العمل فى عجز المادة ١٩٥ مدنى التي جاء نصها " يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل فى ادارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة ، وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافا اليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ولايستحق الفضولى أجرا عن عمله الا أن يكون من أعمال مهنته ".

بامعان النظر فى هذا النص المشار اليه سلفا نجد أن المشرع ربط أربعة التزامات رئيسية علي عاتق رب العمل هى :

أ - تنفيذ التعهدات التي قام بها الفضولى نيابة عنه

ب - تعويض الفضولى عن التعهدات التي عقدها باسمه شخصيا

ج - رد النفقات الضرورية النافعة ودفع الأجر

د - تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه

وسوف نتولى تفصيل هذه الالتزامات كما يلى :

أ - تنفيذ التعهدات التي قام بها الفضولى باسم صاحب العمل

" نيابة عنه "

قد يكون العمل الذى قام الفضولى تصرفا قانونيا أبرمه الفضولى نيابة عن رب العمل ، فى هذا الفرض ، واذا توافرت أركان الفضالة فان الفضولى يعتبر نائبا عن رب العمل ، ومقتضى ذلك أن العقود التي يبرمها الفضولى ، ويلتزم هذا الأخير بتنفيذ ما رتبته هذه العقود من التزامات تماما ، كما يلتزم الموكل بتنفيذ الالتزامات التي تترتب على عقود أبرمها الوكيل [١].

والفرق بين الفرضين أن نيابة الوكيل اتفاقية بينما نيابة الفضولى عن رب العمل نيابة قانونية بنص القانون .

ب - تعويض الفضولى عن التعهدات التي عقدها باسمه شخصيا

يحدث أن يبرم الفضولى باعتباره كذلك تصرفات قانونية باسمه شخصيا ولحسابه . ومن ثم ترجع حقوق العقد والتزاماته الى الفضولى . ولما كان صاحب العمل هو المستفيد من هذا التعاقد فانه يلتزم بتعويض الفضولى عن جميع ما التزم به فى مواجهة المقاول [٢]. ومثال ذلك " حين يطلب شخص من مقاول أن يقوم بترميم منزل متصدع مملوك لصديق فانه

---

(١) راجع د/ عبدالودود يحيى - المرجع السابق - ص ٣٨٩.

(٢) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٥٠.

يتعاقد باسمه الشخصى ، ويظل صاحب العمل بعيدا عن التعاقد لفقدانه شرطا من شروط النيابة " . وفى هذا الفرض ينشئ عقد المقاولة التزامات فى ذمة الفضولى قبل المقاول ، والفضولى هو الذى يؤدى هذه الالتزامات ، ويرجعهما أدى إلى رب العمل .

ج - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر

الزم المشرع رب العمل برد هذه النفقات الضرورية والفوائد والأجر اذا كان ما قام به الضفولى من أعمال مهنته . وقد سبق أن أوضحنا سلفا أن صاحب العمل لا يرد النفقات الكمالية . أما المصروفات الضرورية فيلتزم صاحب العمل بردها . أما المصروفات النافعة فقد قيدها المشرع عند الرد بأن تكون الظروف قد سوغتها وذلك منعا للفضولى من الافراط فى الاتفاق اعتمادا على أنه سيترد ما أنفق . وقد علق الفقه [١]، على استحقاق الفضولى للأجر . بأن الأصل أن الفضولى لا يتسحق أجرا على عمله اذ يفترض فيه أن تبرع بخدمة يؤديها لرب العمل ، الا أن هذه الضريبة تسقط متى كان ما قام به الفضولى من قبيل الاتفاق الحقيقى بالنسبة له ويتحقق ذلك اذا كان العمل الذى أداه يدخل فى نطاق أعمال مهنته ، كما هو الشأن بالنسبة لطبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم منزل ، فهنا يستحق أجرا على هذا العمل . والأجر الذى

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٩٠.

يتقاضاه الفضولى هو أجل المثل ولا يلتزم صاحب العمل بدفع فوائد هذا الأجر الا من وقت اعذاره طبقا للقواعد العامة .

د - تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب الفضالة

اذا أصاب الفضولى ضرر بسبب قيامه بالشأن العاجل لمصلحة رب العمل ولمن يترتب هذا الضرر بخطأ منه ، التزم صاحب العمل بتعويض هذا الضرر تعويضا كاملا ، وقد علق المشروع التمهيدى فى المذكرة الايضاحية على هذا الالتزام " أنه يحقق معنى العدالة فى التعويض متى كان متناسبا مع ما لم يستطع الفضولى اتقاءه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية " (١). وأساس التعويض هنا ليس الفعل الضار - ومن ثم لا يكون أصحاب العمل متضامنين فى دفع هذا التعويض (٢).

احكام خاصة بالفضالة

الأهلية - موت أحد طرفيها - تقادم الدعوى الناشئة عنها "

١ - الأهلية فى الفضلة

يكفى فى الفضالة أن يكون الفضولى مميزا سواء كان العمل الذى قام به ماديا أم تصرفا قانونيا اذا كان قد قام بالعمل باسم رب العمل وتثبت له من ثم صفة النيابة عنه (٣). علي خلاف الحال اذا أجرى العمل

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٨٨.

(٢) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق ، ص ٣٩٠.

(٣) راجع د/ عبدالحى حجازى - المرجع لاسابق - ص ١٠٦.

باسمه شخصيا فانه يجب توافر الأهلية اللازمة للتصرف ، ومع ذلك واذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن ادارته الا بالقدر الذى أثرى به مالم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع ولا يسأل من ثم عن تقصيره اذا قصر عن بذل العناية الواجبة عليه أو فى تقديم الحساب عن أعمال الفضالة أو رد ما أستولى عليه بسببها الا فى حدود اثرائه . أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد . وذلك لأن نشوء الالتزامات فى ذمة لا تعزى الى إارادته[1].

٢ - أثر موت أحد طرفى الفضالة

تنقضى الفضالة بموت الفضولى ، وينشأ على عاتق ورثته اذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالفضالة التزاما بأن يبادروا الى اخطار رب العمل بموت مورثهم ، وان يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الأحوال لصالح رب العمل . واذا مات رب العمل بقي الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم ، ولا يترتب من ثم على موت رب العمل انقضاء الفضالة ، ويتعين تطبيق القواعد العامة على أثر موت الفضولى أو رب العمل . فى التزامات هذا الأخير " وتطبيق هذه القواعد يؤدى الى القول بأن موت رب العمل يجعل تركته مسئولة عن آداء ما

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٨٧.

يجب للفضولي من حقوق . واذا مات الفضولي فان علي رب العمل أن يؤدى الى ورثة الفضولي ما يجب لهذا عنده من مصاريف ضرورية أو نافعة أو أجر اذا كان يستحق أجرا . ومن تعويض عما يكون قد لحقه من ضرر بسبب الفضالة ، فضلا عن التعويض عن الالتزامات التي تحمل بها بسبب عقده تصرفا قانونا [١]. باسمه هو .

٣ - **تقادم الدعاوى الناشئة عن الفضالة :**

جاء النص على ذلك فى المادة ١٩٧ مدني التى جاء نصها " تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من الوقت الذى يعلم فيه كل طرف بحقه . ويسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق " .

يستفاد من هذا النص أنه إذا لم يقم الفضولى بتنفيذ أحد التزاماته ، أو اذا لم يقم رب العمل برد المصروفات أو تعويض الفضولى وغير ذلك مما يلتزم به ، فان الدعوى التي للطرف الآخر للمطالبة بحقه تتقادم بأقصر المدتين ، إما ثلاث سنوات من الوقت الذى يعلم فيه رافع الدعوى نفس المدة التي تتقادم بها دعوى الاثراء بلا سبب كما سبق أن قدمنها سلفنا ، ومما يجب الاشارة اليه أن هذه المدة تنطبق على الفضولى كما تنطبق علي رب العمل لأن عبارة النص جاءت مطلقة لا من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه " . ومن ثم يجب تفسير النص على اطلاقه ، فلا تخصيص بغير موجب ولا إجتهاد مع مورد النص .

---

(١) راجع د/ حشمت أبو ستيت – المرجع السابق – ص ٦٣٤.

الباب الثالث

نـــص القانـــون

النص التشريعى

جاء نص المادة ١٩٨ مدنى " أن الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي قد أنشأتها ".

بعد أن عرض المشرع فى الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول للتقنين المدني المصرى لمصادر الالتزام التي سبق لنا ان تعرضنا لها تفصيلا أورد النص سالف الذكر . أى أن الالتزام ينشأ عن نص القانون . ولكن بامعان النظر فى هذا النص لم يتضح منه متى يكون القانون مصدرا مباشرا أو غير مباشر للالتزام . ولكن باستقراء أحكام الواقع والقانون نجد أن حقيقة الأمر أن نص القانون هو المصدر غير المباشر لكل الالتزامات حتى الارادى منها . فهو الذى يقرر أن واقعة ما أو أرادة معينة تنشئ التزاما . ويتضح من ثم أن وصف المصدر بأنه غير مباشر يرجع الى أن هناك أمرا ما يتوسط بين نص القانون وبين نشوء الالتزام. وهذا الأمر قد يكون واقعة أو ارادة تتجه الى احداث أثر قانونى هو الالتزام .

أما حين ينشأ هذا الالتزام دون وجود الأمر الوسط [(١)]، فيقال أن

(١) راجع د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٩٢.

نص القانون هو المصدر المباشر للالتزام ، ويقال أن اللالتزام هذا التزام قانونى ولاشك أن هذا القول لا يزيل الغموض الكافى للتفرقة بين الالتزام القانوني بالمعنى الواسع والالتزام القانونى بالمعنى الضيق . وكل ما يمكن القول به فى سبيل تحقيق هذه الصعوبة أن افراد فى المجتمع يتواجدون دائما فى مراكز قانونية . ومن هذه المراكز ما ينشئه الفرد فى المجتمع سواء لأنه يريد لهما أن ترتب آثارها . أو لأنه يريد هذه الآثار . ومن هذه المراكز ما ينشئه القانون ويفرض على الشخص أن يتواجد فيها ويتحمل آثارها . وبالتأكيد فان القانون حين يفرض التزاما فانه يتوخى تحقيق العدالة أو الوفاء بالحاجات العامة . أو يبقى وضع الحلول لتنازع المصالح التى لا تتوقف .

هذا وتأتى طريقة القانون فى حل هذا التنازع تحكمية دائما . اذا لا ترتبط بتحقيق رغبات الأفراد . بل وحتى لا ترتبط بالتعرف على ارادتهم سواء لاحترامها أو لمخالفتها أو لاعتبارها شرطا مسبقا ، أن تدخل القانون يؤدى الى أن تتحول حالة مادية الى حالة قانونية دون أدني النفقات للعوامل التي أوجدت هذه الحالة . لا من حيث نوع الالتزام ، ولا من حيث مضمونه . . . فالالتزام ينشأ بغض النظر عن أى فعل ايجابى أو سلبى يصدر عن الشخص .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى عن هذا النص " أوجز المشروع ايجازا بينا وقد حددنا على ذلك ماهو ملحوظ فى ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها ، فكل التزام منها يتصل بذات النص المنشئ له

يتعين مضمونه وتحديد مداه . فمرجعها أحكام التشريعات الخاصة بها [١]. وقد علق الفقه [٢]، بأن الالتزامات القانونية ليست طائفة مستقلة من الالتزامات ، وانما هى تندرج تحت الفعل النافع أو العمل الضار . وأن هذه الالتزامات تدرس فى المناسبة التي وود بها النص المنشئ لهذا الالتزام وبغض النظر عن أن مثل هذا القول يؤدى ابطال العمل بالفصل الخامس من مصادر الالتزام . ويستفاد مما سبق أن القانون اذا كان يعتبر مصدرا لجميع الالتزامات ، الا أنه قد يكون مصدرا مباشرا بالنسبة لبعضها ، وقد يكون مصدر غير مباشر بالنسبة للبعض الآخر ، فالالتزامات الناشئة عن العقد والارادة المنفردة . والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب مصادرها القانون . كل ما هنالك أن القانون يعتبر مصدرا غير مباشر بالنسبة لها ، الا أن هناك التزامات تنشأ مباشرة من القانون دون تدخل من جانب المدين ، أى دون القيام بعمل ايجابى أو سلبى من جانبه فى مثل هذه الحالات يعتبر القانون هو المصدر المباشر لها . فالقانون لا يعتبر مصدرا مباشرا للالتزام الا اذا أنشأه بنص خاص . وهذا النص هو الذى يحدد أركان هذا الالتزام وشروطه وأحكامه

تم بحمد الله وشكره

دكتور / سعيد سعد عبدالسلام

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٩٠.

(٢) راجع د. أحمد سلامة – المرجع السابق – ص ٣٥.

فهرس الكتاب

القسم الأول

المصادر الارادية

المصادر غير الارادية

مطابع الولاء الحديثة
شبين الكوم ت: فاكس ٢٣٥٩٠١